

DIE GRONDSLAG VAN KONTRAKTUELE GEBONDENHEID

Pierre Johannes Jeremia Olivier

**Proefskrif ingelewer vir die graad Doktor in die Regsgeleerdheid aan die
Universiteit van Stellenbosch**



Promotor: prof GF Lubbe

April 2004

Verklaring

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie proefskrif vervat my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê het nie.

OPSOMMING

'n Oorsig van die geskiedkundige ontwikkeling van die kontraktereg en die onderliggende teorie daarvan vanaf die Romeinse tyd tot vandag in sowel Wes-Europese as die Anglo-Amerikaanse stelsels, toon aan dat die geleidelik-ontwikkende wilsteorie in die negentiende eeu die botoon gevoer het.

Dis egter ook gedurende die negentiende eeu dat die eerste krake in hierdie teorie waargeneem is. Eerstens het sosiologiese, politieke en ekonomiese faktore, veroorsaak deur die Industriële Revolusie, 'n nuwe, meer menslike benadering geverg. Tweedens het nuwe, tegniese probleme ontstaan met die opkoms van 'n nuwe ekonomiese sisteem: hoe moes probleme soos dwaling, uitleg, stilswyende bepalinge en derogasie opgelos word, tensy die oplossing in elke geval op onhoudbare fiksies moes berus?

In die laaste kwart van die negentiende eeu het derhalwe 'n intense en ongeëwenaarde juridiese debat ontstaan, hoofsaaklik in Europa, maar later ook in Engeland en die VSA. Nuwe benaderings, bv. dat slegs gelet word op die eksterne verklaring ter uitsluiting van enige subjektiewe bedoeling, is voorgestel. Die resultaat van hierdie debat was die ontwikkeling van die vertrouensteorie. Die basis van hierdie benadering is dat wat ookal 'n mens se werklike bedoeling mag gewees het, hy so opgetree het dat die ander party, redelikerwys, oortuig was dat die eerste party toegestem het tot die kontrak soos voorgestel of verstaan deur die tweede party die eerste party dan gebonde is aan die indruk wat hy geskep het. Die beginsel is duidelik gestel deur Blackburn R in *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

Dit moet benadruk word dat die Blackburn benadering nie vreemd aan Europa was nie, waar die geleidelike en natuurlike ontwikkeling van die gemene reg deur kodifikasie kortgeknip is.

Die Franse Kodifikasie het die suiwer wilsteorie behou. Die sogenaamde wils-vertrouens stelsel, soortgelyk aan die Blackburn-benadering, het onder die Nederlandse Kode ontwikkel, maar in Duitsland is die De Groot-benadering gevolg: die party wat homself vergis het, is toegelaat om uit die 'kontrak' terug te tree, maar onder die verpligting om die 'onskuldige' party se negatiewe interesse te vergoed.

In Suid-Afrika is die basiese vertrekpunt die wilsteorie, maar aangevul deur die verouwensteorie. Dit word moontlik gemaak deur ons prosesreg, waar twee remedies, die *justus error*-benadering en die wilsooreenstemmings-benadering beskikbaar is. Aangesien beide hierdie remedies dieselfde mikpunt het, naamlik om die regmatige belange van die misleide party te beskerm, verg hulle dieselfde materiële regsvereistes.

Die verouwensteorie is so diep in die Suid-Afrikaanse, Europese en Engelse reg ingebed dat dit nou deur sommige mense erken word as die sleutel, nie alleen tot die oplossing van die *dissensus* probleem nie, maar ook in gevalle van uitleg, aanvulling en derogasie.

Die kombinasie van wil en verouwen is die hoekstene van kontraktuele aanspreeklikheid. Hierdie twee begrippe het ontwikkel (en ontwikkel nog steeds) uit die gemeenskap se voor-positiewe, morele, etiese, staatkundige, ekonomiese, godsdiens- en ander waardes, wat in die regstelsel opgeneem en beliggaam is en word.

Hierdie ontwikkelingsproses berus op die norme en reëls betreffende openbare beleid, openbare belang, die *boni mores* en goeie trou en word erken en toegepas in die regstelsels van die VSA, Engeland en Europa. Dit maak deel uit van ons reg, maar ongelukkig is ons howe aartskonserwatief in die erkenning en toepassing daarvan. As ons maatskaplike en kontraktuele geregtigheid wil bekom en volhou, moet groter gewig aan hierdie waardes vergun word.

SUMMARY

An overview of the historical development of contract law and its underlying theory, spanning from Roman times to the present day, and in Western European and Anglo American systems, shows that the gradually developing will theory dominated in the early nineteenth century.

It was, however, also in the nineteenth century that the first cracks in this theory were observed. First, sociological, political and economic factors, brought about by the Industrial Revolution, the rise of socialism and of labour, required a new, more humane approach. Secondly, with the emergence of a new economic system, new technical problems came to the fore: how were problems of mistake, interpretation, implied terms and derogation to be solved, unless reliance was placed, in each case, on untenable fictions?

Thus, towards the last quarter of the nineteenth century, an intense and unparalleled juristic debate ensued, mainly in Europe, but later also in England and the United States of America. New approaches, e.g. that a strict and uncompromising declaration be followed, was proposed. The outcome of this debate was the emergence of the so-called confidence theory. The basis of this approach is that, whatever a person's real intention may have been, he so conducts himself as to lead the other party, as a reasonable person, to believe that the first party has assented to the contract as proposed or understood by the second party, the first party is bound by the impression he created. The principle was clearly stated by Blackburn J in *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597, which has since become one of the famous *dicta* in the law of contract, and forms part of the English law.

It should be stressed that the Blackburn approach was not alien to Europe, where the gradual and natural development of the common law was overtaken by codification.

The French Codification retained the pure will theory. Under the Dutch code, the so-called will-reliance system was developed, akin to the Blackburn approach. In German law, however, the De Groot view was followed: the mistaken party was permitted to 'resile' from the 'contract' but under obligation to compensate the 'innocent' party's negative interest.

In South Africa, the basic point of departure is the will theory but supplemented by the confidence theory. This system is made possible by our law of procedure, where two remedies, the *justus error* approach and the contractual consent approach are available. As both these remedies have the same objective, viz. to protect the legitimate interests of the party that was misled, they require the same substantive law requirements.

The confidence theory has imbedded itself so deeply in South African, European and English law, that it is now recognized by some as the key, not only to the solution of the *dissensus* problem, but also in cases of interpretation, supplementation and derogation.

The combination of will and reliance are the foundation stones of contractual liability. These two principles have developed (and are still developing) from society's pre-positive, moral, ethical, political, economic, religious and other values, which have been and are still being absorbed in the body of legal rules.

This process of development is informed by the norms and rules relating to public policy, public interest, the *boni mores* and good faith.

These norms and rules are recognized and applied in the legal systems of the United States of America, England and Europe. They form part of our law, but unfortunately our courts are extremely conservative in recognizing and applying them. If we wish to obtain and sustain social and contractual justice, more weight should be accorded to these values.

INHOUDSOPGAWE

Hoofstuk 1	Inleiding en Probleemstelling	1
	Die Kontraksbegrip	1
	Die Wilsleer onder druk	7
	Die teorieë-stryd begin	8
	Die vier probleemgebiede	10
	Dwaling en in verband daarmee <i>dissensus</i>	11
	Die uitleg van Kontrakte	14
	Die aanvulling van leemtes	15
	Derogering	16
	Die “grondslag” van kontraktuele gebondenheid	16
	Omvang van die ondersoek	19
Hoofstuk 2	Die Struktuur van die Privaatreg	21
	Inleiding	21
	Die onderliggende waardesisteem	27
	Van maatskaplike- na regswaardes	
	Natuurreg en positivisme – Hart, Fuller, Dworkin	
	en andere, die rol van regters	39
	Die inhoudelike struktuur van die privaatreë	
	reëls, beginsels, norme, standarde en etiese konsepte	53
	Bespreking	61
	Sintese	72
Hoofstuk 3	Kontrak as <i>consensus</i>, en in verband daarmee, <i>Dissensus</i>	72
	Inleiding	72
	<i>Dissensus</i> of uitleg	73
	Die Romeinse Dwalingsreëls	75
	Samevatting	87
	Die <i>contra proferentem</i> reël	88
	Van die Romeinse reg na die middeleeue	90
	Die oud-Germaanse reg	91
	Die grondslag van gebondenheid by die middeleeuers	93
	Die kanonieke reg	96
	Die invloed van die adel	99
	Die vroeë Duitse reg	100
	Mattheus van Wesembeke	100
	Die invloed van die moraalteoloë of skolastici	101
	Die Spaanse moraalteoloë	103
	Samevatting	105

Die Romeins-Hollandse skrywers	106
Die grondslag van kontraktuele gebondenheid	106
Hugo de Groot	107
Vinnius	109
Eensgesindheid onder die Romeins-Hollandse skrywers	111
Samevatting	112
<i>Dissensus</i> : nietigheid as algemene reel	113
Beperkings op die Romeins-Hollandse nietigheidsleer	114
Die vertrouensleer	116
Samevatting	122
Die Franse reg	122
Domat	123
Pothier	123
Die Code civil: die wilsleer geld	127
Die Franse <i>dissensus</i> -leer	129
<i>Erreur obstacle</i> as selfstandige kategorie	130
<i>Erreur obstacle</i> as <i>erreur sur la substance</i>	131
Samevattend	133
Nederland	134
Inleidend	134
Die teorieëstryd	135
Die wils-vertrouensleer	136
Die vertrouenselement	136
Toepassing van die wils-vertrouensleer	139
Vrae rondom die wils-vertrouensleer	139
Die nuwe BW	140
Samevattend	141
Die Duitse reg	142
Inleidend: <i>consensus</i> as vertrekpunt	142
Die vertrouensleer van Nikolaus Gundling	142
<i>Obligatio ex contractu</i>	142
Die oplossing van die <i>consensus</i> -probleem	145
Die Duitse BGB	148
Samevattend oor die Duitse reg	165
Die Engelse reg	165
Die negentiende eeu	170
Die klassieke kontrakmodel	172
Die objektiewe benadering	181
Die <i>parol evidence rule</i>	182
<i>Dissensus</i> in die Engelse reg	191

Die Suid-Afrikaanse reg	200
Dwaling en <i>dissensus</i>	216
Die twee benaderings: <i>Justus error</i> en Konstruktiewe <i>consensus</i>	221
<i>Justus error</i>	222
Die <i>Sonap</i> -saak	254
<i>Justus error</i> na <i>Sonap</i>	267
Konstruktiewe <i>consensus</i>	275
Die jukstaposisie van die <i>Justus error</i> en konstruktiewe <i>consensus</i> benaderings	288
Samevattend	303
 Hoofstuk 4 Die uitleg van kontrakte	 308
Die subjektiewe metode	309
Die Franse reg	309
 Die objektiewe metode	 313
Nederland	317
Die Duitse reg	317
Die Engelse reg	318
Samevattend	326
Die Suid-Afrikaanse reg	326
Mondelinge kontrakte	327
Skriftelike kontrakte	328
Die goue reël: feit of fiksie?	329
Die integrasie reël	329
Betekenis (<i>meaning</i>) en nie bedoeling (<i>intention</i>)	331
Samevatting	339
 Hoofstuk 5 Aanvulling	 341
Die Franse reg	341
Die Nederlandse reg	345
Die Duitse reg	347
Die Engelse reg	351
Die Suid-Afrikaanse reg	358
Aanvulling van regsweë	358
Handelsgebruike	366
Stilswyende bedinge	368
Samevatting	380

Hoofstuk 6	Derogering	384
	Die Romeinse reg	384
	Die <i>bona fides</i>	386
	Die Franse reg	394
	Die Nederlandse reg	399
	Die Duitse reg	403
	Die <i>Grundgesetz</i>	403
	Regsmisbruik (<i>unzulässige Rechtsausübung</i>)	406
	Wegval van die <i>Geschäftsgrundlage</i>	407
	<i>Excursus</i> : die posisie in die Europese Kontraktereg	410
	Die Engelse reg	411
	Ander <i>Common law</i> lande	428
	Die Suid-Afrikaanse reg	435
	Agtergrond	435
	Die openbare belang	436
	Openbare belang en openbare beleid	445
	Openbare belang, openbare beleid en <i>boni mores</i>	446
	Openbare beleid, openbare belang en die goeie trou	448
	Samevatting	
	<i>Black letter law</i> en ope norme	450
	Die leerstuk van goeie trou oftewel <i>bona fides</i>	451
	Die <i>exceptio doli generalis</i>	454
	Die rol van die goeie trou, redelikheid en billikheid	469
	Die jukstaposisie van openbare beleid en goeie trou	479
Hoofstuk 7	Oorsig van die belangrikste grondslag-teorieë	486
	Die Nederlandse teorieë	486
	Die Duitse teorieë	451
	Die magiese-religieuse grondslag van kontraktuele gebondenheid	562
	Die Engelse howe en teoretici	573
	Suid-Afrikaanse skrywers	667
	Voorsetting	697
Hoofstuk 8	Sintese	698
	Die positiewe reg	698
	<i>Consensus</i> en <i>dissensus</i>	698
	Die uitleg van kontrakte	701
	Aanvulling	702

Derogering	705
<i>Consensus</i> as die grondslag van kontraktuele gebondenheid	707
Beginselgrondslag	707
Die konvensie van kontraktuele gebondenheid	720
Samevatting	741
Skynverwekking, alias die vertrouensbeginsel as grondslag van kontraktuele gebondenheid	741
Skynverwekking en wanvoorstelling	744
Samevatting	746
Gevolgtrekkinge	751
 Bronnelys	 754
 Engelse Hofbeslissings	 772
 Suid-Afrikaanse Hofbeslissings	 779
 Tydskrifte	 792

HOOFSTUK 1

INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Die Kontraksbegrip

Dit is amper onvermydelik dat die vraag: Wat is 'n kontrak? vooropstaan. Die versoeking is groot om weg te spring met 'n tipiese definisie of model. Dit sou 'n fout wees, want enige vooraf definisie, soos byvoorbeeld dat 'n kontrak 'n ooreenkoms of afspraak tussen die partye is, gemaak met die ernstige wil om gebonde te wees, is alreeds gekleur deur en berus op 'n aanname ten aansien van die grondslag-vraag – in die gegewe voorbeeld, dat dit berus op ooreenkoms. Daardie vraag is juis die een wat beantwoord moet word.

Ek meen dat dit meer vrugbaar is om, soos Atiyah¹ doen, die geykte kontraksbegrip oorsigtelik te beskryf en ter inleiding die basiese kenmerke daarvan te identifiseer, wat ons dan tegelyk in staat stel om die probleme rondom die grondslag-kwessie op eenvoudige en verstaanbare wyse aan die leser voor te stel.

Atiyah,² wat natuurlik praat uit die oogpunt van die *common law*, meen dat die deursnee juris op die vraag: Wat is 'n kontrak? soos volg sal antwoord:

“A typical contract is, first, a bilateral executory agreement. It consists of an exchange of promises: the exchange is deliberately carried through, by the process of offer and acceptance, with the intention of creating a binding deal. When the offer is accepted, the agreement is consummated, and a contract comes into existence before anything is actually done by

¹ PS Atiyah *Essays on Contract* Clarendon Press Oxford 1986 (1990 herdruk) op 11 ev. Dit is ook die patroon wat Jacques Ghestin *Traite de Droit Civil* Parys 1980 op 3 ev. volg.

² *Essays* 1986 op 11-13.

the parties. No performance is required, no benefit has to be rendered, no act of detrimental reliance is needed, to create the obligation. The contract is binding because the parties intend to be bound; it is their will, or intention, which creates the liability. It is true that the law has this technical requirement known as the doctrine of consideration, but, except in rare and special cases, mutual promises are consideration for each other, and therefore the model, by definition, complies with the requirement of consideration. When the contract is made, it binds each party to performance, or, in default, to a liability to pay damages in lieu. The whole model is suffused with the idea that the fundamental purpose of contract law is to give effect – within limits of course – to the intentions of the parties. It is their decision, and their free choice, which makes the contract binding, and determines its interpretation, and its result in the event of breach. It is, of course, a commonplace today that all legal obligations are, in the last resort, obligations created or at least recognized by the law, but the classical model of contract is easily enough adjusted to take account of this truism. The law of contract, it is said, consists of power-conferring rules. The law provides facilities for private parties to make use of if they so wish. Those who wish to create legal obligations have only to comply with a simple set of rules and the result will be recognized by the law. The function of the law itself in all this is largely neutral in a moral and a distributive sense.

Today many lawyers would probably want to qualify it, or modify it in a variety of respects. But making all allowances for the necessary qualifications, I do not think it would be seriously disputed that this is the paradigm model of contract which we have inherited from nineteenth-century lawyers. Indeed, a glance at the contract textbooks will confirm that the model is still alive and well."

Atiyah baseer hierdie algemene kontraksbegrip op die negentiende eeuse opvatting van 'n kontrak, wat oor die loop van tyd in Engeland ontwikkel het en groot stukrag gekry het deur die toentertydse ekonomiese, maatskaplike, politieke en filosofiese denkstrome. Dit staan in die literatuur bekend as die klassieke kontrakmodel. Maar in die romanisties-georiënteerde *civil law* lande – ons eie ingesluit – is dié model ewe waar. Dit het oor 'n veel langer tyd, vanuit die Romeinse reg (en nog miskien voor dit, uit die Griekse denkwysse) ontwikkel. Behalwe dat die civilistiese stelsels nie die vereiste van *consideration* ken nie (en ons ook nie in Suid-Afrika nie – danksy *Conradie v Rossouw*)¹ was die negentiende eeuse *common law* model ewe waar vir die negentiende eeuse *civil law*. Gilissen² skets op uitmuntende wyse die civilistiese ontstaan en ontwikkeling van konsensualiteit, die ontwikkeling van die algemene kontraksbegrip waarvolgens alle *pacta* bindend geword het en die ontwikkeling van individualisme en wilsoutonomie vanaf die Romeinse reg tot in die eerste helfte van die negentiende eeu. Die Franse Code civil van 1804 bevestig die wilsoutonomie, sonder om die teorie daarvan uiteen te sit. Artikel 1134 bepaal dat alle ooreenkomste wat wettig aangegaan is, die partye tot wet strek. Die Nederlandse BW wat op 1 Oktober in werking getree het, vereis vir kontraksluiting in artikel 1356 *de toestemming van degenen die zich verbinden*. Ook in Duitsland het die skrywers teen die middel van die negentiende eeu konsensualisme as uitgangspunt aanvaar.

Samevattend kan dus gesê word dat teen die middel van die negentiende eeu sowel in die Engelse as in die Vastelandse regstelsels *consensus* as primêre kenmerk en vereiste van kontraktuele gebondenheid aanvaar is.

¹ 1919 AD 279.

² *Historische Inleiding tot het Recht* Kluwer Antwerpen 2e druk 1984 (1991 herdruk) op 680 ev.

Volgens Atiyah berus die gesketste mid-negentiende eeuse kontrakmodel op vier voorveronderstellings (wat mens ook kenmerke of karakteristieke eienskappe kan noem), te wete:

- (1) Die uitgangspunt is die *bedoeling* van die partye, nie hul uiterlike handeling nie. "... [C]lassical contract theory assumes that contractual obligations are created by the intention of the parties and not by their actions."¹
- (2) 'n Kontrak is 'n *ding*, wat as't ware 'n objektiewe bestaan voer vanaf die sluiting daarvan en afgesien van enige latere prestasie of handeling van die partye. Dit is 'n voorbeeld van *legal reification* – 'n kontrak word *gemaak*, word *gebreek* en word *vervul*. Dit het belangrike gevolge in die denkwys van juriste gehad: 'n kontrak word gesien as 'n *ding* met vaste parameters en grense, wat geen of weinig ruimte laat vir die werking van konsepte soos billikheid, geregtigheid en redelikheid - in teenstelling met die rol wat dié konsepte in die delikte - en verrykingsreg speel.²
- (3) Volgens die klassieke kontrakmodel was die funksie van die hof in kontraksgeskille om toe te sien dat ooreenkomste afgedwing word en nie om geskille op die basis van 'n dispuut-resolusie te skik nie.³
- (4) Die klassieke kontrakmodel het 'n basiese model vir alle soorte en variasies van ooreenkomste geword. Spesies soos koop en huur was maar verskyningsvorme van die *genus* kontrak. Volgens Atiyah⁴ was die negentiende die *Eeu van Beginsels*. In daardie denkpatroon kon die

¹ Essays 1986 op 13.

² Essays 1986 op 14.

³ Essays 1986 op 15: "The purpose of contract law is to encourage people to pay their debts, keep their promises, and generally be truthful in their dealings with each other."

⁴ Essays 1986 op 17.

verskynsel van “kontrak” maklik gesien en verklaar word as ‘n algemene, universele en alles omvattende kategorie.

Atiyah verwys na die Engelse skrywer Addison wat sy *Treatise in Contracts* in 1847 gepubliseer het en verklaar het dat die kontraktereg nie maar net uit ‘n versameling van reëls bestaan nie, maar gebaseer was *upon the broad and general principles of universal law*. In sy Voorwoord het Addison gesê: “*The law of contracts may justly indeed be said to be a universal law adapted to all times and races, and all places and circumstances, being founded upon those great and fundamental principles of right and wrong deduced from natural reason which are immutable and eternal.*”

Dit is meer as interessant dat die opvatting van Addison omtrent 1400 jaar voor hy dit verkondig het, ook uitgespreek was deur Ulpianus in *Digesta* 2.14.1.3. Ulpianus vra die vraag: wat is meer met menslike trou (*fides*) in ooreenstemming as dit wat mense self onderling besluit het om na te kom? Daarbenewens, sê hy, is die woord *pactum* afgelei van ooreenkoms – en ooreenkoms is die ooreenstemming en eensgesindheid van twee of meer mense oor dieselfde aangeleentheid. Daar is dus ‘n algemene woord *ooreenkoms*, net soos dit gesê word dat mense van oral op een plek bymekaarkom, so kan dit ook gesê word van diegene wat om verskillende oorwegings van die verstand op een ding ooreenkom. Daarbenewens, sê Ulpianus, is dit so waar dat die woord *ooreenkoms* ‘n algemene betekenis het, dat Pedius tereg gesê het dat daar geen kontrak en geen gevolglike verbintenis bestaan wat nie op ooreenkoms berus nie, hetsy dit bereik word deur die oorhandiging van ‘n saak of deur die gebruik van bepaalde woorde. Want, so gaan die teks voort, ‘n *stipulatio*, wat tot stand kom deur die gebruik van sekere woorde, is nietig as daar nie ooreenkoms is nie.

Die uitgangspunt van Ulpianus en Addison, wat beide die opvattinge van hul tyd en ook van geslagte van juriste tussen hulle verteenwoordig, het dit natuurlik onnodig gemaak om verder te filosofeer oor die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid. Die natuurlike rede, dat *consensus* bindend is, was voldoende regverdiging. Dit blyk ook uit die werk van Opzoomer, 'n vooraanstaande Nederlandse juris. Hy verklaar dat die wilsleer as 'n gegewe aanvaar is "... aan welker juistheid eeuwen lang door niemand is getwyfeld" en vervolg in sy hoofwerk *Het burgerlijk wetboek verklaard*:¹

"Volgens het oude, nog altijd heerschende gevoelen kan, buiten de gevallen waarin de wet zelve alleen uit de bestaande feitelijke betrekking, geheel zonder zijn wil in aanmerking te nemen, een verbintenis heeft ontwikkeld, de mensch door niets anders verbonden worden dan door zijn wil. Hij is persoon en daardoor tot zelfstandig ingrijpen in den loop der dingen geroepen. Hij heeft een wil, en wat door dien wil gekozen wordt moet gelden, zoo geen hooger en beter, krachtiger wil zich er tegen verset. Om dien wil, om die persoonlijkheid word zelfs het bloote bezit geëerbiedigd; alleen op dien wil, die persoonlijkheid, rust ook de verbintenis. Natuurlijk moet die wil geopenbaard zijn, ... De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken ... De wil geldt slechts in zijn uitspraak, zolang deze er is, is er ook de wil, en zij geldt alleen omdat ze den wil uit. M.a.w. niet door het spreken op zich zelf, maar door het uitgesproken willen is men gebonden. Ziedaar het algemeene gevoelen aan welks juistheid eeuwen lang door niemand is getwyfeld."

¹ Deel V 2e druk 1891 op 27 - 29.

Die Wilsleer onder druk

Maar die ink uit die pen van Addison was skaars droog, toe die mure van die wilsleer ernstige krake begin vertoon het. Op die makro-vlak is daar sedert die tweede helfte van die negentiende eeu, maar veral in die twintigste eeu, toenemende verzet teen die individualistiese, liberale leer van onbeperkte kontraksvryheid.

“Socialistiese filosofen soals Comte, Saint-Simon en Karl Marx hebben de misbruiken van die contractsvrijheid aan de kaak gesteld. Ze hebben gereageerd tegen het totaal gebrek aan bescherming voor de zwakkeren. Voor de massa's van het fabrieksproletariaat waren individuele vrijheid en contractsvrijheid een mythe: slechts door de vorming van pressiegroepen zal het hiertegen kunnen opkomen.”¹

In Europa ontstaan ernstige sosiale onruste en opstande – in 1848 in Frankryk, Duitsland, Oostenryk en Italië; in 1871 in Parys; in 1886 in België en Duitsland - wat hul oorsprong het in die teenstelling van ongebreidelde ekonomiese liberalisme, ondersteun deur die idee van kontraksvryheid, en die ellende van die arbeidersklasse. Slegs teen die einde van die negentiende eeu, na die invoering van 'n algemene stemreg en die opkoms van sosialisme, waaruit die christendemokrasie en sosiaal-liberalisme ontstaan, begin wetgewers ingryp om die balans te bestendig. Op arbeidsvlak neem kollektiewe arbeidsooreenkomste en wetgewing wat stakings en uitsluitings reguleer, die plek van die vorige kontraksverhouding tussen werkgever en werknemer. Ook die gebied van huurverhoudinge word al hoe meer 'n wetlik-gereelde kwessie.

Maar selfs buite die terrein van maatskaplike verhoudings vind 'n grondverskuiwing plaas: standaardkontrakte word die norm in die

¹ Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 688.

versekeringsreg, verkoop van motorvoertuie en huishoudelike goedere, en soortgelyke terreine.¹

Dieselfde proses speel hom af in Engeland, waar die industriële rewolusie, die opkoms van 'n verenigde werkersklas en 'n verbruikersgemeenskap die ou kontrakteregmodel onder toenemende druk plaas.

Dog ook op mikro-, tegniese vlak vind 'n omwenteling plaas. In Europa, so word algemeen aanvaar, manifesteer die probleem hom in die geding tussen *Weiller* en *Oppenheim* wat hom in 1856 in Keulen afspeel. Die makelaar *Weiller* het van die firma *Oppenheim* 'n telegram ontvang met die opdrag om 'n groot aantal aandele te verkoop. Later blyk dit dat die telegram vermink is in die oorsendingsproses en dat *Oppenheim* se ware opdrag was om die genoemde aandele te koop. *Weiller*, as makelaar, moes die aandele wat hy verkoop het, inkoop om aan sy verpligtinge teenoor die kopers te voldoen. Die aandeelpryse het intussen sterk gestyg en *Weiller* ly 'n groot verlies. Hy spreek *Oppenheim* aan vir skadevergoeding *en slaag in die aksie*.²

Die teorieë-stryd begin

Vir die eerste keer in die regsgeskiedenis moet juriste die vraag onder oë neem: wat is die basis of grondslag van kontraktuele gebondenheid? Waarom is *Oppenheim* aanspreeklik – daar was immers geen *consensus*, dus volgens die heersende opvattinge geen kontrak tussen hom en *Weiller* nie en die aksie kon dus nie slaag op die basis van kontrakbreuk nie. As *consensus* dus nie die uiteindelijke regverdiging vir aanspreeklikheid in hierdie – en soortgelyke gevalle

¹ Sien by Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 689.

² Sien by C. Asser *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintennissenrecht, deel II Algemene Leer der Overeenkomsten* 11e druk bewerk deur AS Hartkamp Tjeenk Willink Deventer 2001 op 94 ("Asser-Hartkamp").

– is nie, wat is? Die uitspraak is in die algemeen as korrek aanvaar,¹ maar hoe is dit juridies te regverdig?

Groot getalle juriste in Frankryk, Nederland en Duitsland tree daarna tot 'n debat toe oor die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Die debat het mettertyd tot 'n onverkwiklike juridiese teorieë-stryd ontaard, een van die grootste juriste-debate van alle tyd.² Hierdie stryd bestaan vandag nog voort en is onderliggend aan die sg. dekadensie van en krisis in die huidige kontraktereg-teorie.

Aanvanklik was daar drie mededingende teorieë, wat soos volg deur Asser-Hartkamp³ saamgevat word:

“Volgens de wilstheorie moet weliswaar de wil op enigerlei wijze zijn geuit, zodat er een natuurlijke band bestaat tussen wil en verklaring, doch is het niettemin in wezen de wil die de overeenkomst tot stand doet komen. Een consequente toepassing van deze leer zou zijn dat, wanneer de verklaring van een der handelende personen niet overeenstemt met diens wil, een overeenkomst niet tot stand komt; evenmin als de wil zonder verklaring, kan de verklaring zonder het bestaan van die werkelijke wil een overeenkomst tot stand doen komen.

Volgens de verklaringstheorie, die er van uitgaat dat de wilsvorming een innerlijk proces is en de medecontractant niet weet wat er in het binnenste van de ander omgaat, is het niet de voor derden niet-waarneembare wil die de overeenkomst doet ontstaan, doch uitsluitend de verklaring zoals zij is afgelegd. Mocht de verklaring al niet overeenstemmen met de bedoeling van hem die haar aflegde, zulks verhindert niet dat de

¹ Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 94.

² Vir 'n opgawe van die vroeëre literatuur, sien Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 94.

³ *Verbintenissenrecht* 2001 op 94-95.

ooreenkomst ontstaan en wel die ooreenkomst welke in de verklaringen is uitgedrukt.

De vertrouwenstheorie, van hetzelfde standpunt uitgaande als de verklaringsleer, wordt beschouwd als een verbetering van deze. Niet elke verklaring doet een ooreenkomst ontstaan, doch alleen die, welke bij de wederpartij, in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer, het vertrouwen mocht wekken dat zij ook werkelyk is gewild."

Mettertyd begin meer teorieë en variante van die hoofteinas hul voorskyn te maak, sodat teen die einde van die negentiende eeu, toe die Duitse Bürgerliches Gesetzbuch opgestel is, die opstellers (anders as die skrywers van die *Code civil* en die Nederlandse BW) nie meer die wilsleer of enige ander teorie as uitgangspunt kon kies nie, dog 'n kasuïstiese oplossing van die probleme wat deur die teorieë-stryd na vore gekom het, gevolg het.

Die vier probleemgebiede

Wat was (en is) die probleme wat die ondersoek na die grondslag van kontraktuele gebondenheid vir die regspraktyk en die regsteorie so belangrik dog ook interessant maak? Daar is veral vier gebiede of onderwerpe:

- I Dwaling by die kontraksluiting en, in verband daarmee, veral *dissensus*,
- II Uitleg van kontrakte,
- III Aanvulling van leemtes in 'n ooreenkoms, en
- IV Derogering aan dit wat ooreengekom is.

Dit is maklik om 'n abstrakte teorie van kontraktuele gebondenheid aan die hand van "normale" gevalle, waar daar geen dispuut tussen die partye bestaan nie, te ontwerp. Trouens, alle teorieë, ook dié reeds hierbo genoem, pas op so 'n geval.

Maar die ware toets van 'n grondslag-teorie lê in 'n analise van die vier probleemgebiede so pas genoem. Dit is juis wanneer so 'n ondersoek gedoen word eerstens aan die hand van die bestaande reg en dan volgens regswetenskaplike en teoretiese metodes, dat die onderliggende beginsels en waardes na vore kom. Dan eers kan al die teorieë gemeet word aan die hand van die werklikheid. Dan eers kan 'n allesomvattende teorie, wat die oplossing van die normale en die abnormale gevalle kan versoen, ontwerp word.

Ter verduideliking:

I Dwaling by die kontraksluiting en, in verband daarmee, veral *dissensus*

Die woord dwaling is nie 'n tegnies-juridiese term nie, maar een wat in die omgangstaal goed bekend is. Dit beteken om 'n fout te maak, om jou te misgis.

In die proses van kontraksluiting kan so 'n misgissing op velerlei wyses ontstaan, maar in ons reg, die Engelse reg en die Vastelandse regstelsels hierin ondersoek, word twee hoofkategorieë onderskei.¹

Eerstens is daar die gevalle van misgissing wat aanleiding gee tot die dwalende party se instemming met die voorstel van die ander. Daar is dus *consensus*, maar die dwalende het weens verkeerde oorwegings wat óf uit sy eie onkunde of wanopvattinge ontstaan het, óf deur die teenparty of 'n derde persoon se wanvoorstellings verwek is tot die kontraksluiting oorgegaan. 'n Voorbeeld van die eerste geval: ek lees die koerante en finansiële tydskrifte en besluit vir myself dat die aandele van die genoteerde maatskappy X binnekort skerp gaan styg. Ek koop 100 000

¹ Sien die uitstekende verduideliking deur JC de Wet *Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting* Annale van die Universiteit van Stellenbosch 1943 op 1-2.

aandele. Ek het my egter misgis en die prys van die aandele val skerp. Niemand sal sê dat daar tussen my en die verkoper nie *consensus* was nie. As algemene beginsel kan ek my nie op my eie, selfverwekte dwaling beroep om die kontrak aan te veg nie.

Letwat anders is dit waar die verkoper van die aandele of sy makelaar my meedeel dat hulle oor binne-inligting beskik dat die maatskappy 'n ryk goudrif op sy grond ontdek het en dat die prys binnekort die hoogte gaan inskiet. Weens hul voorstelling, wat later blyk vals te wees, koop ek die 100 000 aandele. Volgens opvattinge wat sedert Romeinse tye by ons, op die Vasteland en steeds in die Engelse reg bestaan, is daar ook in hierdie geval *consensus*. Ek kan wel onder bepaalde omstandighede die kontrak tersyde laat stel, maar dan nie weens gebrek aan *consensus* nie, maar weens die onbehoorlik verkreeë *consensus*. Die Duitse geleerde, CF von Savigny, het die eerste kategorie van dwaling *eigenlike* dwaling genoem.¹

Daarteenoor is die gevalle wat in ons reg as *dissensus* bekend staan, in die Engelse reg as *mutual mistake*, en in die moderne Franse, Nederlandse en Duitse reg as besondere gevalle van dwaling en deur Von Savigny *oneigenlike* dwaling genoem is. In hierdie kategorie onderhandel die partye, meen dat hulle dit eens is, sluit dus 'n *kontrak*, terwyl hulle dit nie eens is nie. So 'n dwaling kan op 'n legio maniere ontstaan: een van die partye dink dat die plaas wat hy wil koop De Hoop heet. Die plaas waaraan hy dink se werklike naam is Geluksfontein. Die verkoper het egter 'n ander plaas wat inderdaad De Hoop heet. Hy dink die koper dink aan die ware De Hoop, terwyl die koper inderdaad aan die ware Geluksfontein dink. Die kontrak word gesluit. Eers later vind die partye uit dat hulle bymekaar verby gepraat het en dat daar inderdaad nie wilsooreenstemming was nie. Wat die bogemelde onderskeid, wat

¹

Sien JC de Wet *Dwaling en bedrog by die kontraksluiting* 1943 op 1-2.

fundamenteel is tot die oplossing van die *dissensus*-probleem kom die eer toe aan die Duitse juris, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) vir die nuwe insigte wat hy in die sistematiek van die dwalingsprobleem gebring het. In sy *System des heutigen römischen Rechts*¹ gaan hy uit van 'n klassifikasie gefundeer op die vraag of dwaling *consensus* uitsluit of nie, en maak hy 'n fundamentele onderskeid. Enersyds, sê hy, is daar die "eigentliche" of egte dwaling soos dwaling in die beweegrede, wat nie konsensus by kontraksluiting uitsluit nie. Die enigste probleem is of die dwalende weens die dwaling, die wilsgebrek, tegemoet gekom moet word.

Daarteenoor noem hy die gevalle van dwaling wat konsensus uitsluit 'uneigentliche' of onegte dwaling en toon aan dat die werklike vraagstuk voorhande nie 'n probleem van dwaling is nie, maar van *dissensus*, waarvan die partye nie dadelik by die kontraksluiting bewus was nie.

Sedert *Von Savigny* se tyd word dit dus moontlik om die twee soorte dwaling elk op eie meriete en aan die hand van die tersake beginsels te behandel en kan juriste hul losmaak van die verstarde kasuïstiek wat die vroeëre gemene reg gekenmerk het. *Von Savigny* se sistematisering word vandag algemeen aanvaar, ten spyte van kritiek ten aansien van sy terminologie.²

Dit is nou goed en wel om volgens die wilsleer te sê daar was geen kontrak nie, *cadit quaestio*. Maar wat van die verspilde onkostes en uitgawes? Wie moet dit betaal? En hoe verander dit aan die situasie as die verkoper deurgaans na Geluksfontein as De Hoop verwys het – wat van die aanspraak van die koper in so 'n geval op die beskerming van sy vertrouwe? As mens sê die koper se vertrouwe moet beskerm word, wat het

¹ Berlyn, 1840-49, Band 3, par. 134 ev. en in Beilage VIII daarvan.

² Sien JC de Wet *Dwaling en Bedrog* 1943 op 1 ev.; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* Butterworth Durban 5de uitgawe, 1992 op 10.

dan geword van die vereiste van *consensus*? Is die gebondenheid weens die geskonde vertroue nog *kontraktuele* gebondenheid? Is beide *consensus* en *vertroue* grondslae van kontraktuele gebondenheid?

II Uitleg van kontrakte

Die uitlegprobleem kom in die algemeen slegs by geskrewe wilsverklarings of geskrewe kontrakte voor. By mondelinge verklarings of kontrakte is die partye gewoonlik nie in staat om oor die woorde of uitdrukkings wat in die geding uitgelê moet word, saam te stem nie. Die een sê ons het die woord of woorde ABC gebruik, terwyl die ander sê dit was XYZ. Elkeen beweert dat dié weergawe wat vir hom of haar die gunstigste is, dié een is waarop ooreengekom is. Daar is dus nie 'n basis vir uitleg nie. Die probleem word opgelos deur *viva voce*-getuigenis aan te hoor. Die hof maak 'n geloofwaardigheidsbevinding. Die resultaat is dat as die hof een party se weergawe aanvaar, dit tegelyk die kontrak volgens daardie party se weergawe *vasstel*. Dit is 'n benadering wat alledaags in ons howe toegepas word. Dit is ook die benaderingswyse in die Europese regstelsels¹ en in die Engelse reg.²

In die geval van skriftelike kontrakte is die benadering gebaseer op die reïfikasie-gedagte hierbo geskets, 'n Kontrak is 'n *ding* wat *uitgelê* of *interpreteer* moet word soos dit swart op wit staan. Die hof bepaal wat die woorde en terme beteken en lê dan neer wat die kontrak tussen die partye beteken. Neem nou maar 'n geval soos *Logan v Beit*³ in ons reg, waar Logan 100 aandele op 'n bepaalde datum aan Beit verkoop het "*cum*

¹ Sien veral die voortreflike werk van M.W. Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid in het Europese Privaatrecht* doktorske proefskrif Utrecht Kluwer Deventer 1999 op 139-140.

² Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* Butterworths London 14e uitgawe 2001 op 253 ev; 270 ev.

³ (1890) SC 197.

rights". Die een sê later dat dié uitdrukking X beteken, die ander sê dit beteken Y. Hulle val nie terug op *dissensus* nie, maar sê dat hulle op dié uitdrukking ooreengekom het en betoog dat dit verskillende dinge beteken.

As die hof nou die woorde uitleë, kom dit inderdaad daarop neer dat hy vir die partye die kontrak *maak* of *finaliseer*. Dit is selfs moontlik dat 'n hof 'n betekenis aan die uitdrukking "*cum rights*" gee wat nie een van die partye voorgestaan het nie – maar hulle is gebonde aan die hof se uitleg.

Die vraag is of mens dan nog met kontraktuele gebondenheid te doen het? Wat het van die *consensus* of die vertrouensbasis geword? Wat gebeur eintlik agter die skerms van uitleg? En welke implikasies het dit vir die grondslag-vraag?

III **Aanvulling van leemtes**

Toe die handels- en regsverkeer nog eenvoudig was, kon voornemende kontrakspartye hul beoogde afspraak in die fynste besonderhede formuleer en tot finaliteit kom. Dit was die groot voordeel van die Romeinse *stipulatio*. Daardie stadium is egter reeds lank verby. Die wêreldwye gebruik is om oor die essensiële terme ooreen te kom en, indien dit later blyk dat omstandighede hulself voordoens waarvoor die ooreenkoms nie voorsiening gemaak het nie, en in die afwesigheid van konsensuele aanvulling, die hof te vra om die kontrak *aan te vul*, dit wil sê te bepaal wat die ontbrekende term of terme is. Howe gebruik verskillende uitgangspunte en tegnieke in dié proses (soos later aangetoon sal word), maar, wat ook al die proses, feit bly staan dat daar oor die aangevulde term juis nie *consensus* was of is nie. Tog is daar ná die hofuitspraak *kontraktuele gebondenheid*, ook aan die aangevulde term.

Weer eens: wat het nou van die *consensus*-uitgangspunt geword? Wat is die ware grondslag van gebondenheid aan die aangevulde term of aan die aangevulde kontrak in die geheel?

IV Derogering

Derogering is die teenoorgestelde van aanvulling. Met derogering het mens te doen wanneer 'n kontrak geldiglik tot stand gekom het, onder andere omdat daar *consensus* was oor al die terme, maar een of meer van die bepalinge daarvan skyn, by die uitvoering van die ooreenkoms, so onredelik of onbillik of onaanvaarbaar te wees dat 'n hof, op versoek van een van die partye, die kontrak wysig of weier om 'n bepaalde beding af te dwing. Die kontrak self word nie tersydegestel nie, maar die werking van een of meer bepalinge word opgehef.

In die hierin ondersoekte regstelsels word aangetoon dat in verskillende lande verskillende norme en tegnieke van derogering bestaan. Vir ons doeleindes is die belangrike aspek: Kan mens nog werklikwaar sê dat daar *consensus* is ten aansien van die kontrak na derogering? Indien nie, wat beteken die vereiste van *consensus* dan eintlik – en wat is die grondslag van gebondenheid aan die gederogeerde kontrak?

Die “grondslag van kontraktuele gebondenheid”

Ek het hierbo telkens die woord *grondslag* van kontraktuele gebondenheid gebruik. Dit is 'n sleutelbegrip in hierdie verhandeling.

Die HAT verduidelik grondslag as “fondament, dit waarop iets berus, steun, gebaseer is; beginsel. Dit waarmee iets begin; uitgangspunt”. Die Concise

Oxford Dictionary omskryf *foundation*, die beste vertaling in Engels van grondslag, as “a basis or underlying principle; groundwork”.

By die bestudering van die verskillende opvattings oor die huidige onderwerp blyk dat daar onder teoretici, regsskrywers en regters 'n verwarring in taalgebruik met betrekking tot basiese begrippe op hierdie terrein heers – 'n verwarring wat nie anders verklaar kan word as onsekerheid en verwarring in die denke self nie. Neem nou maar 'n begrip soos grondslag. Selfs van die mees onlangse en briljantste teoretici verduidelik of definieer nie wat hulle met “grondslag” bedoel nie en dit kom voor asof hulle dit om die beurt in *beginsels*, *regsbeginsels* en *prinsiepe* soek. Ander geleerdes verwar *beginsels* en *reëls* en ten aansien van die veelvuldig-gebesigde term *waardes* word heel selde verduidelik welke soort waardes bedoel word, waar hulle vandaan kom, wat hul inhoud is en welke verband dit met die reg in die algemeen of die kontraktereg in die besonder het. Hierdie ondersoek beoog nie soseer om 'n nuwe *teorie* oor kontraktuele gebondenheid aan te bied nie, maar om 'n bydrae te lewer op gebied van begripsverheldering en, hopelik, van denkverheldering.

Maar hierdie studie is geïnspireer deur die ideaal om die onderhawige probleemgeval te gebruik as illustrasie van die waarde van 'n regswetenskaplike metodologie in die kontraktereg en ook in die privaatreë in die geheel. Hierdie stelling vereis opheldering.

Die regswetenskap is 'n sosiale wetenskap en moet getrou wees aan die beginsels van die sosiale wetenskappe en, les bes, aan die beginsels van alle wetenskap. “*Wetenskap*,” sê F Venter, CFC van der Walt, AJ van der Walt, GJ Pienaar, NJJ Olivier en LM du Plessis,¹ “*is primêr 'n menslike aktiwiteit of 'manier van doen' – 'n wyse waarop die mens die werklikheid hanteer ten einde dit te probeer verstaan en verklaar. Hierdie aktiwiteit kan ten beste as **nadenkend-***

¹ In *Regsnavoring: Metode en Publikasie* Juta Kaapstad 1990 op 8.

sistematiese abstraksie wat 'n bepaalde, eiesoortige kennis as resultaat het, getipeer word. Die eiesoortigheid van wetenskap is nie geleë in die feit dat dit 'n bepaalde soort kennis is nie, maar in die feit dat dit 'n **sui generis** manier van doen is - 'n unieke wyse om 'n greep op die werklikheid te probeer kry. Wetenskap word dus allereers **beoefen**. Dit is nie 'n blote toonstuk wat iewers in die vertoonlokaal van geleerdheid uitgestal word nie."¹

Die drie onmisbare elemente van enige wetenskaplike aktiwiteit is *abstraksie*, *sistematiek* en *nadenke*.² In wat hieronder volg, word gepoog om hierdie elemente voor oë te hou.

Die onderwerp onder bespreking leen hom geredelik tot 'n regs-wetenskaplike en daarom metodologiese oefening in die kontraktereg en sekondêr vir die hele privaatreghsisteem. Die vraag: wat is die grondslag van kontraktuele gebondenheid? verplig ons om abstrak, sistematies en nadenkend te dink oor vrae soos: Wat is kontraktuele gebondenheid? Wanneer tree dit in, met ander woorde wat is die kriteria vir gebondenheid? As aan al die kriteria voldoen is, waarom is daar kontraktuele gebondenheid? En: tot welke mate en met welke inhoud is daar sodanige gebondenheid? Wat is die verband tussen die kriteria vir en die grondslag van kontraktuele gebondenheid?

Maar, op 'n veel dieper vlak, uit 'n regs-wetenskaplike en metodologiese vlak gesien: hoe pas die onderliggende waardes en die kontraktuele reëls in mekaar? Wat is daardie waardes? Hoe kom die reëls in verband met kontraktuele gebondenheid tot stand en hoe getrou is hulle aan die sogenoemde onderliggende waardes? Wat is *regsbeginsels* en *leerstukke*, *dogma* en

¹ Sien ook J Mouton en HC Marais *Metodologie van die geesteswetenskappe: Basiese begrippe* Pretoria 1985 op 7-17; HG Stoker *Beginsels en metodes in die wetenskap* Potchefstroom 1961 op 49-52; LM du Plessis *Regswetenskaplike variasies op filosofiese temas* Pro Rege Pers Potchefstroom 3e uitg. 1986 op 52 ev, 103 ev.; TP van Reenen *Methodology of Comparative Law: A Historical and Theoretical perspective* LL.D.-proefskrif 1992 op I.

² Venter *et al* *Regsnavoring* 1990 op 8-12.

doktrine? Hoe pas dit alles in mekaar – of pas dit nie? Is 'n model, wat op rasioneel-bevredigende wyse probeer verklaar wat die grondslag of grondslae van kontraktuele gebondenheid is, moontlik? En hoe sou so 'n model lyk?

Wat hierdie verhandeling beoog, is nie 'n ondersoek na al die beginsels van die kontraktereg nie, maar 'n ondersoek ten einde te bepaal wat die elemente of elemente is wat die “waarom” van kontraktuele gebondenheid is, identifiseer. Ek wil uit 'n wetenskaplik en praktiese oogpunt die gebondenheidsverskynsel verduidelik.

Omvang van die ondersoek

Hierdie ondersoek is nie primêr 'n historiese een nie,¹ maar is in die regsgeskiedenis ingebed. Dit gee ook nie voor om elke detail van die positiewe reg van die regstelsels hierin ondersoek, tot in die fynste detail te ontleed nie. Dit gaan slegs daarom om aan die hand van en deur die vier hoofprobleemgevalle te probeer vasstel welke afleidings ten opsigte van die grondslag van gebondenheid, gemaak kan word, gesien die struktuur van die privaatreghsisteem.

Hoofstuk 2 is gewy aan 'n ontleding van die privaatregtelike struktuur.

¹ Daar is voldoende moderne werke van regsgeskiedkundige aard wat so 'n ondersoek onnodig maak, maar waar nodig verwys ek wel na die historiese agtergrond. Oor die algemeen, sien John Gilissen *Historisch Inleiding tot het Recht* Kluwer rechtswetenschappen Antwerpen 2e druk 1984; Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* Juta Kaapstad 1990; René David en John EC Brierly *Major Legal Systems in the World Today* Stevens and Sons, London 1978; Tobias Pieter van Reenen *Methodology of Comparative Law – A Historical and Theoretical Perspective*. L.L.D.-thesis Univ. of South Africa 1992; James Gordley (ed) *The Enforceability of Promises in European Contract Law* Cambridge University Press Cambridge 2001 op 1-19; James Gordley *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* Clarendon Press 1991 op 10 ev.

Hierna ondersoek ek die vier probleemgebiede op die basis soos uiteengesit aan die hand van die positiewe reg van elk van die gekose regstelsels en wel in hoofstuk 3 kontrak as *consensus* en in verband daarmee *dissensus*; hoofstuk 4 die uitleg van kontrakte; hoofstuk 5 aanvulling en hoofstuk 6 derogering.

In Hoofstuk 7 ondersoek ek die belangrikste teorieë op die onderhawige gebied.

Hoofstuk 8 is 'n samevatting en herwaardering van die verworwe insigte ten aansien van 'n verklaring van die grondslag of grondslae van kontraktuele gebondenheid.

~~~ o0o ~~~

## HOOFSTUK 2

### DIE STRUKTUUR VAN DIE PRIVAATREG

Dit word vry algemeen aanvaar dat regsreëls en begrippe uit 'n bepaalde kultuur ontwikkel en daarom die kultuur (die *Weltanschauungen*, die *mentalité*) van 'n bepaalde gemeenskap reflekteer. Die reg is nie 'n Ding *an sich* nie, maar konstitueer bloot 'n sosiale substruktuur. Dit is ook die sienings van GF Lubbe<sup>1</sup> en Pierre Legrand.<sup>2</sup> Lubbe<sup>3</sup> stel dit so:

*“Die privaatreë is nie maar net 'n versameling van reëls en begrippe nie. Die tegniese begrippe-sisteem van die reg weerspieël 'n dieper struktuur daargestel deur oorwegings begroot in maatskaplike werklikhede en die morele waardesisteem van die betrokke gemeenskap. Tussen die onderbou of dieper struktuur en die tegniese bobou bestaan 'n komplekse verhouding. Die onderliggende oorwegings bepaal die inhoud van die tegniese reëls en dien sodoende ook as regverdiging van beslissings aan die hand van regsreëls.”*

So ook die stelling van Legrand dat die kultuur van 'n bepaalde gemeenskap deur 'n besondere historiese ervaring gevorm word en op 'n unieke ideologiese fondament berus. Die regsreëls van elke gemeenskap reflekteer daarom 'n bepaalde, eiesoortige regskultuur. Dit is 'n komponent van die sosiale onderbou en is dus nooit neutraal (*wertfrei*) nie.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Estoppel, vertrouensbeskerming en die struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreë* in (1991) 1 TSAR 1 op 13.

<sup>2</sup> *European Legal Systems are not Converging* in (1996) 45 International and Comparative Law Quarterly op 52 ev.

<sup>3</sup> *Estoppel* 1991 op 13.

<sup>4</sup> Sien ook die kragtige betoog van James Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 8 ev.



Die juridiese belang van 'n waardesisteem onderliggend aan die reëls van die kontraktereg kan op 'n eenvoudige pragmatiese manier bewys word. Gestel ons dink in ons eie reg alle onderliggende waardes weg – sou mens nog 'n rasionale stelsel van kontraktereëls kon hê? Hoe sou hulle daaruit gesien het? Die resultaat sal chaoties wees en ons sal tog maar weer uiteindelik moet terugval op een of ander waardesisteem.

Die kernrol wat 'n bepaalde waardesisteem in die privaatreëls speel en wat die rampspoedige gevolge is as daardie sisteem verander of prysgegee word om plek te maak vir 'n swakker sisteem – of 'n waarde-vrye een – word ten beste deur James Gordley in sy *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*<sup>1</sup> geïllustreer. Volgens hom verkeer die moderne kontrakregteorie in 'n krisis en wel omdat dit die morele waardes van Aristoteles en Thomas van Aquinas verwerp het. Die agterliggende filosofie van die kontraktereg het daarmee verskraal en 'n lugleegte gelaat.

Gordley se tema is, kortliks saamgevat, die volgende:

- (i) Aristoteles (382-322 v.C.) se vertrekpunt is die deug van waaragtigheid, dit wil sê dat die mens aan sy woord getrou moet wees. Hy wat 'n belofte verbreek is leuenagtig. Beloftes het hul oorsprong óf in vrygewigheid óf in geregtigheid. Die gebondenheid aan 'n belofte is 'n basiese voorskrif van die moraliteit van deug.
- (ii) Vir baie eeue, veral in die ontwikkeling van die Romeinse reg, is geen poging aangewend om 'n grondslag van kontraktuele gebondenheid in filosofiese begroting te vind nie. Aristoteles se idees het in onbruik verval.
- (iii) Dit is Thomas van Aquinas (1225-1240) wat die filosofie van Aristoteles laat herleef het. Kort voor sy geboorte het die werke van Aristoteles in die Weste bekend geword. Aquinas het 'n sintese bewerkstellig tussen

---

<sup>1</sup> Clarendon Press Oxford 1991 op 8 ev.

die klassieke Griekse filosofiese tradisie en die Christelike godsdienstige tradisie. Dit het gelei tot 'n grootskeepse omwenteling in Westerse denke.

- (iv) Vir eers het regsgeleerdes soos die Glossatore en Kommentatore wel kennis geneem van die herontdekte denke van Aristoteles, maar dit het nie hul Romanistiese benaderingswyse beïnvloed nie.
- (v) Die deurbraak van Aristoteliaanse filosofie in die regswetenskap vind plaas deur die werksaamhede van 'n klein groepie Spaanse jursite in die sewentiende eeu, wat bekend staan as die Spaanse skool van die natuurreg of die laat-skolastici. Onder hul geledere tel Francesco de Vitoria (1494-1546), Diego de Covarruvias (1512-1577), Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600) en Leonard Lessius (1554-1623).
- (vi) In die sewentiende eeu het filosowe soos Descartes, Hobbes, Locke en andere gepoog om die filosofiese beginsels van Aristoteles en Aquinas te diskrediteer. Hulle het inderdaad daarin geslaag en teen die negentiende eeu het die klassieke idees van Aristoteles en die Thomisme vir kontemporêre filosowe byna onverstaanbaar geword.
- (vii) In teenstelling met wat op filosofiese gebied gebeur het, het regswetenskaplikes hulself nie gou van Aristoteles en Aquinas losgemaak nie. Juis as gevolg van die werksaamhede van die Spaanse skool, het die noordelike natuurregskool onder aanvoering van Hugo de Groot (1583-1645) die klassieke denke voortgesit. Hy is nagevolg deur Samuel Pufendorf (1632-1694) en Jean Barbeyrac (1674-1744).
- (viii) Die noordelike natuurregskool baan die weg vir juriste soos Jean Domat (1625-1695) en Robert Pothier (1699-1772) wat op hul beurt weer die Britse en Vastelandse regstelsels in die negentiende eeu fundamenteel beïnvloed het. Die Franse *Code civil* is op hierdie



patroon gebou, terwyl die Duitse regsgeleerdes 'n doktrinêre sisteem probeer bou het op die gedagtes wat hulle op genoemde wyse ontvang het.

- (ix) Die leerstukke van die negentiende eeuse regstelsels, met aanpassings, geld tot in die twintigste eeu en het nou wêreldwyd versprei.<sup>1</sup>
- (x) Wat die insigte oor die grondslae van kontraktuele gebondenheid betref, het daar egter 'n verskraling ingetree sedert die sewentiende eeu. Die leerstukke is in hoofsaak behou, maar Aristoteles se metafisika en sy morele filosofie is laat vaar:

*The doctrines drifted, cut off from their old philosophical moorings and left without any real tie to the professed philosophical beliefs of the jurists who were now disseminating them.*<sup>2</sup>

- (xi) Ook in die negentiende eeu word die oorgeërfde leerstukke behou, maar Engelse, Amerikaanse, Franse en Duitse juriste skakel steeds meer konsepte, wat betekenis gehad het in die konteks van Aristoteliaanse of Thomistiese filosofie dog wat in die negentiende eeu onverstaanbaar of vals gelyk het, uit. Hierdie jursite het dan die konsepte wat hul behou het, gebuig en gerek om die funksie te vervul van daardie konsepte wat hulle verwerp het.<sup>3</sup>
- (xii) So word die wilsleer in die kontraktereg die oorheersende leer. Die wil van die partye word die *Grundnorm* waaruit byna elke reël van die kontraktereg afgelei moet word. Wat gebeur het, is dat kontraksluiting gesien word bloot as 'n wilsdaad. Die Aristoteliaanse konsep van

---

<sup>1</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 4.

<sup>2</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 7.

<sup>3</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 7.

belofte as uitoefening van 'n morele deug het verlore gegaan. Ook word partye gebonde gehou aan hul werklike of gefingeerde wille en nie meer, soos in die klassieke filosofie, aan daardie verpligtinge wat uit die wese of aard van 'n kontrak volg nie.<sup>1</sup>

- (xiii) Regsgeleerdes het dus, weens die verwarring onder filosowe en weens die filosofiese verarming, hul wetenskap probeer beoefen sonder enige verbintenis met 'n filosofiese grondslag. Hulle gee voor om slegs die positiewe reg te interpreteer en te sistematiseer.
- (xiv) Die werklikheid is egter dat die wilsleer baie verskynsels in die kontraktereg eenvoudig net nie kan verklaar of fundamentele paradoksie kan versoen nie. Die positiewe reg dwing nie ooreenkomste slegs af omdat die partye dit gewil het nie, of slegs dit wat hulle gewil het nie (vgl. aanvulling en derogering). Die positiewe reg onderskei nog steeds tussen verskillende kontraksvorme. Dit skeld ook 'n kontraksparty van aanspreeklikheid vry omdat die kontrak onbillik was, ten spyte daarvan dat hy die gevolge gewil het. Kontrakte kom tot stand, soos in geval van dwaling, waar die toestemming van die dwalende op onkunde of 'n wanopvatting berus en selfs waar daar *dissensus* tussen die partye bestaan. Die wilsleer kan hierdie probleme, altans volgens Gordley, nie oplos nie. Die Aristoteliaanse raamwerk van deug, geregtigheid en essensie sou dit wel kon doen, maar daardie raamwerk is lankal laat vaar en is grotendeels onbekend.

Daar is dus 'n krisis, aldus Gordley, omdat die Aristoteliaanse en Thomistiese idees van intellektuele orde en morele deug as maatstawwe uit die kontraktereg verdwyn het.

Gordley het dit in die algemeen teen die wilsleer, en veral die wilsleer soos toegepas in die kontraktereg. Die teoretici kon die wilsleer in die kontraktereg nie met sukses laat funksioneer nie omdat, volgens hom, hulle die

---

<sup>1</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 7-8.



Aristoteliaanse konsepte oorboord gegooi het. Die resultaat was dat onoplosbare kontroversies ontstaan het op elkeen van die terreine waar hulle van hierdie konsepte oorboord gegooi is, byvoorbeeld by aanbod en aanname; dwaling; bedrog; vreesaanjaging of stilswyende terme. Ook die billikheid van 'n kontrak word tans nie in ag geneem nie.<sup>1</sup>

Maar, meen hy, die moderne objektiewe benaderingswyse het ook sy aanhang verloor. Dit help nie om 'n kontrak te definieer as 'n aantal gevolge wat die reg aan die uiterlike gedrag van partye knoop nie, as mens nie kan verduidelik waarom die reg sommige en nie ander gevolge aan dié gedrag koppel nie.<sup>2</sup>

Gordley meen dat daar wye erkenning bestaan vir die siening dat die billikheid van 'n kontrak in ag geneem moet word, maar daar is geen eenstemmigheid hoe dit gedoen moet word nie. Die resultaat is dat ons tans geen algemeen-erkende kontrakteteorie het nie.<sup>3</sup> Die poging om 'n koherente kontraksleer te bou het oënskynlik misluk.<sup>4</sup>

Hy meen dat moderne regsfilosowe probeer om 'n nuwe kontrakteteorie daar te stel, maar dan nie op Aristoteliaanse beginsels nie. Hulle probeer die nuwe teorieë vestig op die leerstukke van Kant. Dit is die rigting wat John Rawls<sup>5</sup> en Charles Fried<sup>6</sup> inslaan.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 230.

<sup>2</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 230.

<sup>3</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 230.

<sup>4</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 231.

<sup>5</sup> *A Theory of Justice* Cambridge Massachusetts 1971.

<sup>6</sup> *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* Cambridge Massachusetts 1981.

<sup>7</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 232.

Andere volg weer die *law and economics*-benadering, wat neerkom op 'n vaartbelynde utilisme. Dit is die skool van Richard Posner.<sup>1</sup>

Gordley meen dat 'n suksesvolle teorie moet teruggaan na die basiese, Aristoteliaanse beginsels, maar dan met die nodige aanpassings.<sup>2</sup>

Een vraag wat beantwoord moet word is: waarom is 'n belofte bindend? Dit is geen antwoord om te sê: omdat dit gewil is of omdat 'n keuse uitgeoefen is nie. Dit is die swakheid van die Kantianisme net soos van die ou wilsleer.<sup>3</sup>

Om te verduidelik waarom sommige beloftes bind en ander nie, moet 'n mens daardie resultaat wat 'n belofte in die lewe kan roep, kan identifiseer, aldus Gordley.<sup>4</sup> Volgens hom kon Thomas van Aquinas dit doen: die resultaat moes 'n ander persoon bevoordeel. Dit het hom en sy volgelinge in staat gestel om op 'n vaste grondslag die tegniese reëls van kontraksluiting te formuleer.<sup>5</sup> Gordley bepleit 'n soortgelyke benadering tot die moderne kontrakfilosofie. Tot sover die sienswyse van Gordley.

### **Die onderliggende waardesisteem**

Geen Suid-Afrikaanse juris sover ek kon vasstel het nog ooit op wetenskaplike en metodologiese wyse die waardesisteem onderliggend aan die privaatreëls ondersoek of die presiese plek en rol daarvan probeer ontrafel nie. Dit is, soos Legrand tereg verklaar het, omdat juriste legosentries is – ons kyk na die reg en staar ons blind teen die fenomene *in* die reg, sonder om *verby* die reg te kyk na die waardes *waaruit* die reg kom. En as daar wel van waardes gepraat word, is dit gewoonlik om een of ander reël te probeer

---

<sup>1</sup> *Economic Analysis of Law* 2e uitg. Boston 1977.

<sup>2</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 232-3.

<sup>3</sup> Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 230.

<sup>4</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 233.

<sup>5</sup> *Philosophical Origins* 1991 op 233.



verklaar, weer sonder om die geheel raak te sien. Ook word die hele waardesisteem misgekyk en word op een waarde gekonsentreer, soos byvoorbeeld in die talle Engelsregtelike werke oor "*Morals and the Law*". Feit is dat alhoewel lippediens daaraan gedoen word dat die regs wetenskap 'n deel van die geesteswetenskappe is, daar in werklikheid 'n afgeslotenheid bestaan wat myns insiens verarmend en verskralend op die regs wetenskap inwerk.

Daar is in die geesteswetenskappe en veral die sosiologie wel al diepgaande navorsing gedoen oor die kwessie van die onderliggende waardes van gemeenskappe. Die uitstaande werk op hierdie gebied is dan ook inderdaad deur 'n Suid-Afrikaner gedoen, t.w. Dian D. Joubert, voormalige professor in sosiologie aan die Universiteit van Stellenbosch. Die navorsing is gepubliseer in sy proefskrif "*Die Konsep 'Waardes' in Sosiologiese Teorie*" in 1961. Dit is, met elke wysigings, gepubliseer in boekvorm as "*Die Waardekonsep in die Sosiologiese Teorie*"<sup>1</sup> Die verwysings hieronder is na laasgemelde werk.

Joubert het 'n konseptuele analise van die begrip "*waarde*" in sosiologiese – dus in maatskaplike – verband onderneem.<sup>2</sup> Hy het in dié verband die belangrikste opvattinge en teorieë ten aansien van gemeenskapswaardes in moderne tye ondersoek. Hy begin met die eerste sistematiese verantwoording van die begrip "*waarde*", naamlik die van WI Thomas en Florian Znaniecki in hul werk "*The Polish Peasant in Europe and America*".<sup>3</sup> Hul teorie word aan indringende analise en kritiek onderwerp<sup>4</sup> asook Znaniecki se latere werke "*The Method of Sociology*"<sup>5</sup> en "*Cultural Sciences, Their Origin and Development*".<sup>6</sup> Daarna kom aan die beurt Joubert se

<sup>1</sup> Tafelberg Kaapstad 1964.

<sup>2</sup> 1964 op 15 ev.

<sup>3</sup> Alfred Knopf New York 1918-1920; die huidige uitgawe is van Dover Publications New York 1958; Joubert *Die Waardekonsep* New York 1958.

<sup>4</sup> Joubert 1964 op 29-38.

<sup>5</sup> Farrar and Rhinehart New York 1934.

<sup>6</sup> University of Illinois Press Urbana 1952.

behandeling<sup>1</sup> van ander werke op hierdie gebied onder andere van Ellsworth Faris,<sup>2</sup> George Herbert Mead,<sup>3</sup> Howard Paul Becker,<sup>4</sup> PA Sorokin,<sup>5</sup> Talcott Parsons<sup>6</sup> en Clyde Kluckhohn.<sup>7</sup>

Na diepgaande analise van al die genoemde opvattings, maak Joubert sy eie gevolgtrekkings, wat hy soos volg saamvat:<sup>8</sup>

- (1) 'n Waarde is 'n komponent van menslike handeling.
- (2) As komponent van handeling bestaan 'n waarde binne die normatiewe dimensie van gedrag.
- (3) 'n Waarde is vir die mens 'n konsepsie van die wenslike.
- (4) As konsepsie van die wenslike bestaan dieselfde waarde gelyktydig in kultuur, die samelewing en groepe wat daardie kultuur dra en in die persoonlikheid van lede van die betrokke samelewing en groepe.

---

<sup>1</sup> Joubert 1964 op 55 ev.

<sup>2</sup> *The Nature of Human Nature and other Essays in Social Psychology* Mc Graw-Hill Book Co. New York 1937.

<sup>3</sup> *Mind, Self and Society from the standpoint of a social behaviorist* University of Chicago Press Chicago Illinois 1946; die jongste uitgawe is dié van 1972.

<sup>4</sup> *Through Values to Social Interpretation, Essays on Social Contexts, Actions, Types and Prospects* Duke University Press Durham North Carolina 1950; die jongste uitgawe is dié van Greenwood Press New York 1968.

<sup>5</sup> *Veral sy Society, Culture and Personality; Their structure and Dynamics; A System of General Sociology* Harper and Brothers New York 1947 en *Social, Culture and Personality – A Study of Change in Major Systems of Art, Truth, Ethics, Law and Social Relationships* Porter Sargent Publisher Boston 1957.

<sup>6</sup> *The Structure of Social Action; A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers* Free Press Glencoe Illinois 1949 en *Structure and Process in Modern Societies* Free Press Glencoe Illinois 1960.

<sup>7</sup> *Values and Value-Orientations in the Theory of Actions*, in Parsons en Shils eds. *Toward a General Theory of Action* Harvard Univ. Press Cambridge Massachusetts 1954; die jongste uitgawe is dié van Torch Books New York 1962.

<sup>8</sup> *Die waardekonsep* 1964 op 215-216.



- (5) Synde dieselfde konsepsie van die wenslike in 'n bepaalde gemeenskap, bestaan 'n waarde in verskillende vorme in die drie sisteme van persoonlikheid, maatskaplike sisteem en kultuur.
- (6) In kultuur bestaan 'n waarde as kriterium vir die seleksie van moontlike oriëntasies in verskillende situasies.
- (7) In maatskaplike sisteme bestaan 'n waarde as geïnternaliseerd, dit wil sê dit is 'n norm binne maatskaplike instellings wat die wenslike oriëntasie en daarmee handeling vir bepaalde statusrolle spesifiseer.
- (8) In persoonlikheid bestaan 'n waarde as 'n oriëntasie van die individu wat beteken dat hy 'n konsepsie het van die kulturele kriteria en statusrol-norme en gekompromitteer is om dit in sy rolgedrag te handhaaf.
- (9) As geïnternaliseerd is 'n waarde 'n element in die oriëntasie van die akteur ten opsigte van situasies.
- (10) Dieselfde waarde wat gelyktydig in persoonlikheid, maatskaplike sisteem en kultuur bestaan, is die belangrikste enkele element wat hierdie drie sisteme 'n strukturele kongruensie laat vertoon en hulle funksionele interafhanklikheid moontlik maak en bestendig.

Hierdie tien proposisies verteenwoordig die uiteindelijke sosiologiese konsepsie van die aard van waardes.

Op grond van die gestelde proposisies – wat die resultaat is van sy analise van waardekonsepsies – sou *waarde* aldus Joubert dan vir die doeleindes van die sosiologiese teorie as volg gedefinieer kon word:

*“n Waarde is 'n konsepsie van die wenslike wat gelyktydig in kultuur as kriterium vir die seleksie van oriëntasies bestaan, geïnternaliseer*

*is in die samelewing en sy deelsisteme, en geïnternaliseer is in die persoonlikheid van die lede van hierdie maatskaplike sisteme en daardeur hierdie persone oriënteer en kompromitteer ten opsigte van wenslike handelinge.”*

Wat die literatuur ná die werk van Joubert betref, is veral die volgende opmerkings van waarde vir my ondersoek:

- (a) Edwin M Lemert<sup>1</sup> wys daarop dat in die algemeen aanvaar word dat waardes “*moral ideas, general conceptions or orientations toward the world, or sometimes simply interests, attitudes, preferences, needs, sentiments and dispositions*” insluit.<sup>2</sup> Hy wys ook, myns insiens tereg, daarop dat gemeenskapswaardes nie altyd eksplisiet as idees uitgedruk word nie; hulle mag implisiet of ongeartikuleerde *preferences* wees. Dit is daarom baie problematies om vas te stel wat al die gemeenskapswaardes is.<sup>3</sup> Hy wys ook daarop dat in enige gemeenskap daar waardebotsings kan voorkom.<sup>4</sup>
- (b) Ratna Dutta<sup>5</sup> ontleed ook die belangrikste waardesisteme in die sosiologie, onder andere dié van Weber, Parsons, Marx en Durkheim.<sup>6</sup> Wat wel van belang is, is Dutta se teorie dat daar ‘n verskil is tussen waardes en norme: “... *values reveal preferences, norms reveal social prescriptions and obligations*”.<sup>7</sup> Sy siening van waardes is sterk godsdienstig gekleurd:

---

<sup>1</sup> *Values, Valuation and Choice in Sociology – The Basic Concepts* E Sagarin ed. Holt Rhinehart and Winston New York 1978 op 52 en 53.

<sup>2</sup> *Values* 1978 op 53.

<sup>3</sup> *Values* 1978 op 53.

<sup>4</sup> *Values* 1978 op 58 ev.

<sup>5</sup> *Values in Models of Modernization* Vikas Publications Delhi 1971.

<sup>6</sup> *Values in Models* 1971 op 38-60.

<sup>7</sup> *Values in Models* 1971 op 62.



*"Cultural values of a society constitute the core of its system of symbols. Continuously impinging upon it are the value systems of the economy, the polity, the arts, and the sciences, and the many other cultural sub-systems of a society. Religious values, however, do not merely impinge upon cultural values but constitute the very womb from which cultural values emerge."*

- (c) Norme word geskep deur die noodsaaklikhede (*exigencies*) van 'n georganiseerde gemeenskap. *"Any kind of organized activity requires regulations, whether religious, economic, political, familial, or merely generally social or cultural"*.<sup>1</sup> En: *"... [N]orms coerce social action."*<sup>2</sup>
- (d) Die waardes en norme van 'n gemeenskap val nie sommer net uit die lug nie. Hulle is die produk van 'n uitkristalising, gewoonlik weens konflik, van onderliggende *belange*, begeertes, behoeftes, vooroordele en ideale van die gemeenskap; indien *consensus* daarvoor tot stand kom, is dit gewoonlik dié van die magtigste groep wat geheel of gedeeltelik domineer.<sup>3</sup>
- (e) Gemeenskapswaardes en –norme sluit in dit wat algemeen bekend staan as morele waardes, wat gedefinieer kan word as die gemeenskap se *"... customs, its accepted ways of behaviour as a community"*.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Dutta *Values in Models* 1971 op 70.

<sup>2</sup> Dutta *Values in Models* 1971 op 82.

<sup>3</sup> Oor die konsensus-konflik debat sedert Plato en Aristoteles tot die kontemporêre denkers, sien veral Thomas J Bernard *The Consensus-Conflict Debate – Form and Content in Social Theories*, Columbia University Press New York 1983; Johann Mouton *Towards a Human Sociology – Selected papers by Dian Joubert* Human Science Research Council Pretoria 1994 op 112 waar Joubert gemeenskapswaardes weer gedefinieer het as *"notions of the good and desirable in personal dispositions, social conduct, societal arrangements and cultural resources"*.

<sup>4</sup> A Montefiori *A Modern Introduction to Moral Philosophy* Routledge and Kegan Paul London 1958 op 148 ev.

In hierdie verband is dit miskien gepas om die *abstrakte* aard van gemeenskapswaardes af te sluit met 'n elokwente reeks stellings van Dian Joubert in 'n essay *Reflections on Social Values* geskryf in 1992:<sup>1</sup>

*"Social values are words; they are also ideas, beliefs, criteria, principles. Ultimately, they represent a rather special category of notions. They are notions which in content and intent articulate what is considered to be desirable, good and necessary for the well being of social and societal life. Precisely because they are not specific prescriptions for personal behaviour and collective living, social values are **appeals** in various nuances of the term. Intrinsically, values are evocations, challenges, appeals to adhere to behaviour, beliefs and circumstances which would ensure a meaningful life and living. Social values are also time-honoured, traditional normative principles, a societal sediment which acts as a court of appeal in arguments of what is in the best interests of societal communities. In essence, social values are moral appeals – whether they are situational ethics or rational argument, or whether they are of religious-transcendental origin. As **appeals** in all three these connotations, social values share the stability, authority, esteem, and all the instability, weakness and vulnerability that characterise all notions dependent upon social consensus."*

- (f) Maar nie slegs teoretici erken die rol van waardes in 'n gemeenskap nie. Vanweë die treffende eenvoud en ooglopende regdenkendheid daarvan, haal ek met instemming die volgende gedagtes van die voormalige Australiese hoofregter, Sir Gerard Brennan, aan:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Gepubliseer in die RGN se *Studies in Research Methodology* no. 28; ek gebruik die publikasie van dié essay in J Mouton: *Towards a Human Sociology* Pretoria 1994 op 146.

<sup>2</sup> *Law, Values and Charity* in (2002) 76 nr. 8 *The Australian Law Journal* op 492-493.



*"Values are broad articles of faith. Some of our individual values come from, or are verified by, practical experience; some come from beliefs we have taken from others and, with or without qualifications, have made our own. As the good and the useful can depend on circumstances, no value can be stated in terms that are universal and absolute. Liberty and equality are estimable values, but absolute liberty can be the enemy of equality and absolute equality would demand the curtailing of liberty.*

*Values are expressed in broad terms, without the qualifications necessary to define the precise moral or legal precepts which they indicate. Although their content is imprecise, they are powerful influences on thought and conduct. We value what we believe to be good or at least useful. Our values influence what we think and do. They continually contribute to the formation of our attitudes to specific issues or problems.*

*It is a truism that social phenomena reflect the values of society, whether for good or ill. We know that the practices of fascism could not have flourished in a society that valued liberty and equality; equally, we know that the financial excesses of the 1980s were possible only because of a pervasive materialism that asserted greed to be good. No human society is value free; each society reveals and gives effect to its prevailing values in its laws and institutions, in its political and economic policies, in its art, literature and architecture and in the manner in which its people relate one to another. A people's values are the substance of their culture."*

Van die waardes wat Hoofregter Brennan bespreek en uit 'n Christelike oogpunt onderskryf, is vryheid, gelykheid en verdraagsaamheid. Maar

ander gelowe het dieselfde en miskien meer en verskillende waardes. Op alle vlakke van die samelewing is dit waardes wat mense bind maar ook verdeel – 'n gelukkige huisgesin is 'n voorbeeld van die bindingskrag van gedeelde waardes; politieke stryd, selfs oorloë en godsdiensoorloë, is voorbeelde van die vernietigende krag van teenoorgestelde waardes.

- (g) Uit hierdie oogpunt beskou is die versoeking groot om die rol van waardes in die gemeenskap te idealiseer. Dit is nodig om te let op daardie groep denkers wat ek *waarde-skeptici* sal noem. Een daarvan is Schlag.<sup>1</sup> In Suid-Afrika is dit veral Dr. Irma J Kroeze van Unisa wat in twee artikels<sup>2</sup> waardevolle insigte na vore bring. Hoewel dit meestal oor die publiekreg gaan, is die kritiek wat sy uitspreek ewe geldig vir die privaatreë.
- (h) Die vertrekpunt van Kroeze se bespreking is die feit dat vóór die aanvaarding van die 1993 en 1996 Grondwette van die RSA, die manier waarop wette interpreteer was – die letterlike of bedoelingssoekende metodes – as positivisties afgemaak is: positivisme behels die verwerping van regswaardes (*legal values*) en handhaaf die onderskeid tussen die reg en moraliteit. Dit het aanleiding gegee tot 'n meganistiese uitlegmetode. Kommentatore was dit eens dat regswaardes 'n rol moet speel by wetsuitleg.

Die 1996-Grondwet bevat die volgende “waarde-bepalings”:

“Art. 7 (1) *This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country*

---

<sup>1</sup> *Normative and nowhere to go in Laying down the law – mysticism, fetishism, and the American legal mind* New York Univ. Press New York 1996 op 17 ev; *Hiding the Ball* in (1996) New York University Law Review 1681 ev; *Values in Laying down the law etc. supra* op 42 ev.

<sup>2</sup> *Doing things with values: The Role of constitutional values in Constitutional interpretation* 2001 (2) Stell LR 265 ev en *Doing things with values II: The case of Ubuntu* 2002 (2) Stell LR 252 ev.



*and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.*

Art. 39 (1) *When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal of forum –*

(a) *must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom ...*”

- (i) Hierdie nuwe wending is algemeen verwelkom.<sup>1</sup> Dit blyk nou egter, volgens Kroeze, dat die verwysing na waardes in die Grondwette meer probleme geskep het as wat dit opgelos het. Ek raak slegs die hoofpunte van Kroeze se betoog aan, nie noodwendig in die volgorde waarin sy dit gedoen het nie:

Sommige regters van die Grondwethof ontken die fundamentele rol van waardes by wetsuitleg.<sup>2</sup>

Daar is algemene erkenning dat daar in die Suid-Afrikaanse gemeenskap goeie waardes bestaan wat die nuwe Grondwette ten grondslag lê en daarin verwoord is en bevorder moet word.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Literatuur by Kroeze I *Doing things with values* op 266 voetnoot 8.

<sup>2</sup> Kentridge R sê in *S v Zuma* 1995 (2) SA 642 (CC) par. [18]: “*If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to ‘values’ the result is not interpretation but divination.*”

<sup>3</sup> Bv. *S v Williams and Others* 1995 (3) SA 632 (CC) in par. [59]: “*the backdrop of the values of South African Society ...*”; *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) in par [232]: “*... values which reflect the quality of this nation’s civilisation*”; *S v Coetzee* 1997 (3) SA 527 (CC) in par. [14]: “*The presumption of innocence is acknowledged as a fundamental value in the criminal justice system of comparable democracies ...*”; en ander uitsprake deur Kroeze vermeld.

Die kritiek teen die uitsprake van die Grondwethof is o.m. dat die waardes waarna verwys word, nooit gedefinieer en vaste inhoud gegee word nie.<sup>1</sup>

Die Grondwethof gebruik ook 'waardes' en 'regte' asof dit sinonieme is. Die 1993 Grondwet beskerm die waardigheid nie as 'n waarde nie, maar as 'n reg. Nogtans spring die Grondwethof van die een na die ander begrip probleemloos.<sup>2</sup>

Aanvanklik is grondwetlike waardes aangewend as instrumente om *regte* te fundeer en om inhoud en koherensie aan *regte* te gee, maar sedert 1998 vind die omgekeerde plaas – *regte* word nou gesien as sou dit inhoud gee aan waardes en as 'n middel om sekere waardes te beskerm in plaas van andersom.<sup>3</sup>

Die verwarring ten aansien van die inhoudsbepaling en rol van gemeenskapswaardes deur die Grondwethof word uitmuntend geïllustreer deur Kroeze II<sup>4</sup> aan die hand van die hantering van die *ubuntu*-begrip in die 1993-Grondwet. Die uiteinde was egter dat die *ubuntu*-begrip deur veral die uitspraak in *S v Makwanyane* waardeloos gemaak is vir latere gebruik, veral weens die gelykstelling deur Chaskalson P van *ubuntu* met die waardes van alle beskaafde

<sup>1</sup> Kroeze I *Doing things with values* op 269: "A final group of cases locate the values in 'standards of decency', 'fundamental legal norms', 'aspirations', 'aspects of traditional and common law and international law', without ever indicating what these might entail. These are all fairly broad concepts and the court seems to try to locate one vague term (values) in other, even vaguer terms (standards of decency, aspirations and so forth)." Sien ook Kroeze I *Doing things with values* op 272 ev veral met betrekking tot terme soos *ubuntu* en *regstaat*.

<sup>2</sup> In *S v Makwanyane*, *supra*, in par. [III] word bv. gesê: "Respect for life and dignity, which are at the heart of S 11 (2), are values of the highest order under our Constitution. The carrying out of the death penalty would destroy these and all other rights ..." Sien ook voorts Kroeze *Doing things with values* op 270; *Du Plessis and Others v De Klerk* 1996 (3) SA 850 (CC) in par. [94].

<sup>3</sup> Kroeze I *Doing things with values* op 272 verwys o.a. na *Harksen v Lane NO and Others* 1998 (1) SA 300 (CC) in par. [64]; *De Lange v Smuts NO* 1998 (3) SA 785 (CC) in par. [138]; *S v Mello and Another* 1998 (3) SA 712 (CC) in par. [9].

<sup>4</sup> *Doing things with values* op 262 ev.



gemeenskappe – veral Amerika: “Once you regard ubuntu as just a local example of a universal phenomenon, it is no longer a separate concept that needs to be articulated and applied.”<sup>1</sup> So verloor die begrip sy unieke karakter en word oorlaai met allerhande inhoude met geen klaarblyklike betekenis (*self-evident meaning*) nie.<sup>2</sup>

Ten slotte bepleit Kroeze<sup>3</sup> dat die ontologiese aard en status van ‘waardes’ behoorlik ondersoek moet word voordat gepoog word om dit toe te pas. Versuim om dit te doen kan lei tot ‘n voortydige beëindiging van ‘n debat oor die rol en transformasiewaarde van ‘waardes’, eerder as dat dit gestimuleer word.

Ek meen dat Kroeze belangrike waarskuwingsligte laat flikker oor die hantering van gemeenskapswaardes deur juriste. Die gevaar wat ‘n ondeurdragte beroep op ‘waardes’ skep, ontstaan juis wanneer na die juridiese waardes, regsbeginsels en regsreëls beweeg word. ‘n Verkeerde of onpresiese waarde-begrip kan juis in laasgemelde beweging of oorgang tot groot foute en onreg ly. Meer oor hierdie oorgangsproses later. Vir eers, terug na gemeenskapswaardes.

- (j) Maatskaplike waardes en norme bly nie net in die lug hang as denkbeelde en ideale nie. Sodanige waardes word gepositieer (oftewel: verwerklik, of geïnstitusioneel) in *maatskaplike instellings*. Met ‘n beroep op Parsons<sup>4</sup> verklaar Joubert<sup>5</sup> dat die verband tussen die totale samelewing en die waardesisteem soos volg beskryf kan word: die waardesisteem is ‘n geheel wat sekere algemene *rigtings*

<sup>1</sup> Kroeze II *Doing things with values* op 260.

<sup>2</sup> Kroeze II *Doing things with values* op 260; 261: “And this is the real failure of the definitions used by the Constitutional Court in particular – they are over-loaded with empty concepts.” En op 262 “... all the ‘value talk’ needs actually to be about values.”

<sup>3</sup> *Doing things with values* II op 263-264.

<sup>4</sup> *Structure and Process in Modern Societies* The Free Press Glencoe Illinois 1960 op 171 ev.

<sup>5</sup> *Die Waardekonsep in die Sosiologiese Teorie* 1964 op 165.

van normatiwiteit voorskryf. *Maatskaplike instellings* is gedifferensieerde strukture in die samelewing en reguleer spesifieke aktiwiteite en situasies in terme van die dominante waardesisteem. Die waardesisteem is nie self gedifferensieerd nie; maatskaplike instellings differensieer dit deur dit konkreet te koppel aan en te spesifiseer vir bepaalde situasies. Hulle definieer die situasie en reguleer die kollektiewe lewe, en, relatief tot die gemeenskaplike waardesisteem, veroorloof of verbied hulle en skryf bepaalde aksies voor vir die verskillende dele van 'n funksioneel-gedifferensieerde stelsel. Deur die instellings word die dominante waardesisteem dan algemeen in alle sektore in die samelewing.

Alhoewel nòg Parsons nòg Joubert spesifieke voorbeelde van sodanige maatskaplike instellings gee, is dit nie moeilik om aan voorbeelde te dink nie. Mens sou die instelling of konvensie van die huwelik as voorbeeld kon neem. Dit is 'n instelling wat in alle gemeenskappe voorkom, in welke vorm ookal. In ontwikkelde gemeenskappe gaan die instelling later gepaard met *amptelike* staatserkenning en –medewerking, tot so 'n mate dat die waardes van die meerderheid of magtigste groep selfs op minder magtige groepe afgedwing word.

- (k) Maar, om weer die huweliksinstelling as maatskaplike instelling as voorbeeld te neem, selfs al sou daar in ons land (óf in enige ander land) geen staatserkenning of –medewerking wees nie, sal die huweliksinstelling nog bly voortbestaan, juis omdat dit sy betekenis en waarde put uit voor-positiewe fundamentele waardes en norme.

### **Van maatskaplike- na regswaardes**

Gegewe die bestaan van maatskaplike waardes en instellings, welke verband is daar tussen en die reg?



Ek is nie van voorneme om al die verskillende teorieë en opvattinge oor wat die reg (*"the law"*) is, te boekstaaf nie. Dit sou 'n hele biblioteek dek. In wese is die reg 'n sosiale substruktuur waardeur botsende waardes en belange deur erkende instellings (hoewel, die wetgewer, administratiewe instansies) en aan die hand van erkende of erkenbare reëls (soos deur 'n hof toegepas of geskep) hanteer en opgelos kan word.

Daar bestaan egter groot meningsverskille en selfs verwarring oor die proses waardeur voor-positiewe maatskaplike waardes, norme en instellings verander word of erkenning kry as juridiese waardes, norme en instellings. Ek bespreek dit vervolgens.

Die heel eerste vraag wat bespreek moet word, is wat die verband, indien enige, is tussen voor-positiewe, bloot maatskaplike waardes en juridiese waardes. Hierdie vraag is so oud soos die regsfilosofie self en ek kan vir die doeleindes van hierdie studie slegs die hoofpunte besoek.

Die tradisionele denke is dat juridiese waardes (en dus uiteindelik regsreëls; sien later) juis uit voor-positiewe maatskaplike waardes en instellings ontstaan, byvoorbeeld die religieuse verbod teen doodslag lê ten grondslag van die gelykluidende juridiese verbod. Julius Stone<sup>1</sup> praat van die "... *inescapable interdependence of law with other social controls and social forces*." Hy steun o.a. op die werke en insigte van Montesquieu, Maine, Savigny, Jhering en Eugen Ehrlich.<sup>2</sup>

Daar is egter twee aanvalle op hierdie hoofstroom-siening. Die eerste is daardie denkers en denkskole wat so 'n noue verwantskap tussen die reg en gemeenskapswaardes sien, dat hulle die *selfstandigheid of die noodsaak van die reg* ontken. Stone<sup>3</sup> verwys in hierdie verband na (1) die meganiese

---

<sup>1</sup> *Social Dimensions of Law and Justice* Maitland Publications Sydney 1966 op 472.

<sup>2</sup> *Social Dimensions* 1966 op 470-472.

<sup>3</sup> *Social Dimensions* 1966 op 473.

sosiologie van Auguste Comte; (2) die sosiale ewolusionisme oftewel “Darwinisme” van Herbert Spencer; (3) die kommunistiese dialektiese materialisme; (4) die organiese maatskaplike solidarisme van Leon Duguit en (5) filosofiese anargisme.

Nie een van hierdie denkrigtings het tans, minstens in die Westerse wêreld, veel aanhang of oortuigingskrag nie. Die werklikheid en die ongetwyfelde voortbestaan van die reg kan nie op rasonale wyse ontken word nie.

Die tweede aanval op die “*interdependence*” leerstuk het hoofsaaklik na die publikasie van Stone se werke vorm aangeneem en is die debat wat tans, ook vir my doeleindes, van belang is. Ek kan slegs die hooftrekke daarvan skets.

Die idee dat die positiewe reg altyd sy ontstaansbron vind in voor-positiewe norme, word die beste verteenwoordig deur die natuurreg-gedagte. Die literatuur hieroor is onhanteerbaar, maar die nuttigste aan my bekende samevatting van die stand van sake tot ongeveer 1970 is die van Van Warmelo.<sup>1</sup> Ten opsigte van die ontwikkeling van die natuurreg-gedagte sedert ongeveer 1970, is die beste verhandeling dié van John Finnis<sup>2</sup> en Brian H. Bix.<sup>3</sup> Die moderne diskoers tussen die natuurreg-teorici en die aanhangers van positivisme het 'n aanvang geneem met die debat tussen HLA Hart<sup>4</sup> en Lon Fuller.<sup>5</sup> Moderne natuurregdenkers, soos Dworkin,<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Regsleer, Regswetenskap en Regsfilosofie Juta Kaapstad 1973 vanaf 163 par. (287) tot 209 par. (384). Ook insiggewend is WJ Hosten, AB Edwards, Carmen Nathan en Francis Bosman *Introduction to South African Law and Legal Theory* Butterworth Durban 1977 op 27-55.

<sup>2</sup> *Natural Law: The Classical Tradition*, in Jules Coleman en Scott Shapiro *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* Oxford University Press Oxford 2002 (hierna “die Oxford Handbook”) op 1-60

<sup>3</sup> *Natural Law: The Modern Tradition* in die *Oxford Handbook* op 61-124.

<sup>4</sup> *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958) 71 Harvard Law Review 593.

<sup>5</sup> *Positivism and Fidelity to Law – A Response to Professor Hart* (1958) 71 Harvard Law Review 630 ev.

<sup>6</sup> *Law's Empire* Fontana London 1986. *Taking Rights Seriously* Duckworth London 1977; ‘Natural’ Law Revisited (1982) 34 Univ. of Florida Law Review op 165.



Finnis,<sup>1</sup> Fuller<sup>2</sup> en andere sê die moderne positiviste die stryd aan. Die gevolg is dat die debat oor die interafhanklikheid van voor-positiewe waardes en die positiewe reg nog steeds so fel is as ooit tevore.

Die moderne positivisme het twee skole van aanhangers: die inklusiewe positiviste soos HLA Hart,<sup>3</sup> Jules Coleman,<sup>4</sup> WJ Waluchow<sup>5</sup> en Matthew H Kramer.<sup>6</sup> Hierdie skool van denke (ook bekend as die “soft positivists” of “incorporationists”) erken dat daar moontlike morele kriteria van geldigheid van regsreëls is.

Die eksklusiewe positiviste soos Joseph Raz,<sup>7</sup> Scott Shapiro<sup>8</sup> en Andrei Marmor<sup>9</sup> aanvaar nie dat daar wel ander kriteria kan wees nie.<sup>10</sup> Die beste moderne samevatting en indringende bespreking is dié van Andrei Marmor.<sup>11</sup>

---

<sup>1</sup> *Natural Law and Natural Rights* Clarendon Press Oxford 1980; ed. *Natural Law* 2 vols. New York Univ. Press New York 1991.

<sup>2</sup> *The Morality of Law*, rev. edn. Yale Univ. Press 1969; *The Principles of Social Order*, ed. Kenneth I. Winston Duke Univ. Press Durham 1981.

<sup>3</sup> *The Concept of Law* Clarendon Press London 1994.

<sup>4</sup> *Second Thoughts and Other First Impressions* in Brian Bix (ed), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* Clarendon Press Oxford 1998.

<sup>5</sup> *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism* (2000) *Legal Theory* 45-82.

<sup>6</sup> *Requirements, Reasons and Raz: Legal Positivism and Legal Duties* in (1999) *Ethics* op 109 ev.

<sup>7</sup> *The Concept of a Legal System* 2<sup>nd</sup> ed. Clarendon Press Oxford 1980; *The Authority of Law: essays on law and morality* Clarendon Press Oxford 1979; *Legal Principles and the Limits of Law* (1972) 81 *Yale Law Journal* 823 ev.

<sup>8</sup> *Law, Morality and the Guidance of Conduct* in (2002) *Legal Theory* 62 ev.

<sup>9</sup> Sien verwysing hieronder.

<sup>10</sup> Die literatuur oor die positivisme is ook onhanteerbaar.

<sup>11</sup> *Inclusive Legal Positivism* in die *Oxford Handbook* op 125-165.

Die kern van die huidige natuurreg/positivisme debat word bondig deur Marmoor gestel:<sup>1</sup>

*"The kind of exclusive positivism I have in mind would basically hold that legal validity is exhausted by reference to the conventional sources of law: all law is source based, and anything which is not source based is not law. This formulation is, of course, much too crude and we shall have to refine it as we go along. For the time being, however, it suffices for the purpose of defining the main controversies about legal validity, and these are basically about the relations between law and morality. Exclusive positivism denies, whereas inclusive positivism accepts, that there can be instances where determining what the law is, follow from moral considerations about that which it is there to settle. Contemporary anti-positivists, like Dworkin, claim that determining what the law is always requires such moral considerations about what the law should be, and thus they reject the sources thesis as incoherent.*

*Though both Dworkin and inclusive legal positivists share the view that there are close relations between morality and legal validity, they differ on the grounds of these relations. Dworkin maintains that the dependence of legal validity on moral considerations is an essential feature of law which basically derives from law's profound interpretative nature. Inclusive positivism, on the other hand, maintains that such a dependence of legal validity on moral considerations is a contingent matter: it does not derive from the nature of law or of legal reasoning as such. Inclusive positivists claim that moral considerations affect legal validity only in certain cases, namely, in those which follow from the rules of recognition which happen to prevail in a given legal system. In other words the relevance of morality is determined in any legal system by the contingent content of that society's rules of recognition. As opposed to both these views, exclusive legal positivism maintains that a norm is never rendered legally valid solely in virtue of its moral*

---

<sup>1</sup> In die Oxford Handbook op 104-105.



*content. Legal validity, according to this view which I will strive to defend here, is entirely dependent on the conventionally recognized sources of law."*

Die waarheid lê miskien tussen die drie uiterste teorieë. Dat die reg 'n "profound interpretative" aard het, val nie vreemd op die ore van die civilistiese en Suid-Afrikaanse juris nie, gesien die alledaagse oefening om die reg aan die hand van histories-oorgelewerde norme te vind en te interpreteer.

Maar wat gemaak as hierdie *interpretative* aard uitdruklik beperk word deur die inklusiewe positivistiese *rules of recognition*, as so 'n reël 'n beroep op voor-positiewe norme sou verbied of onnodig maak. Laasgemelde geval kom voor in die sogenaamde *easy cases*. En laastens, wat is die verskil tussen die inklusiewe en die eksklusiewe positivistiese as 'n "conventionally recognized source of law" – bv. 'n Grondwet, uitdruklik voor-positiewe waardes as geldige verwysingsvelde toelaat? Neem byvoorbeeld ons 1996-Grondwet, wat 'n beroep op voor-positiewe waardes nie alleen toelaat nie, maar in arts 1, 36 (1) en 39 (1) gebied:

*"Art. 1 The Republic of South Africa is a sovereign democratic state founded on the following values:*

- (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.*
- (b) Non-racialism and non-sexism.*
- (c) Supremacy of the constitution and the rule of law.*
- (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.*

*Art. 36 (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the*

*limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including ...*

*Art. 39 (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum –*

- (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;*
- (b) must consider international law; and*
- (c) may consider foreign law.”*

As uitleg aan hierdie bepalings gegee moet word, kan daar 'n betekenisvolle verskil wees tussen 'n natuurreg-juris en 'n positivis?

Die moderne debat speel hom dan ook af op gebied van die beregtingsproses, en veral welke diskresie (of plig) die regter het om buite die erkende regsreëls te gaan. Die kern van die debat word goed saamgevat deur William Lucy.<sup>1</sup> Die hooffigure in die debat is Ronald Dworkin,<sup>2</sup> Neil MacCormick<sup>3</sup> en Joseph Raz.<sup>4</sup>

Die kernpunt is die stelling dat in die sg. *hard cases*, waar daar nie 'n voor-die-hand-liggende regsreël bestaan nie, die regter 'n diskresie het. Dworkin<sup>5</sup> meen dat in so 'n geval die regter 'n antwoord wat die uitspraak in die beste moontlike morele en politieke (in die breë sin van die woord) lig moet stel,

<sup>1</sup> *Adjudication* in die *Oxford Handbook* op 206-267.

<sup>2</sup> *Law's Empire* Fontana London 1986 266 ev.

<sup>3</sup> *Legal Reasoning and Legal Theory* Clarendon Press Oxford rev. ed. 1993, hoofstukke II en III.

<sup>4</sup> *The Authority of Law* Clarendon Press Oxford 1979 op 182 ev.

<sup>5</sup> *Law's Empire* 1986 op 256.



moet soek. Op hierdie punt word die regter se eie morele en politieke opvatting betrek. Die taak is nie maklik nie:

*"But the political judgment ... (they) must make is ... complex and will sometimes set one department of (their) ... political morality against another: (their) ... decision(s) will reflect not only (their) ... opinions about justice and fairness but ... (their) higher-order convictions about how these ideals should be compromised when they compete. Questions of fit arise at this stage ... as well, because even when an interpretation survives the threshold requirement, any infelicities of fit will count against it ... Different judges will disagree about each of these issues and will accordingly take different views of what the law of their community, properly understood, really is."*

In hierdie debat staan MacCormick na aan Dworkin; Raz is ietwat meer terughoudend en vereis nog steeds dat die regter steeds moet optree binne die grense van *partial reform and conservatism*.<sup>1</sup>

Dit is nodig en geleë om die teorieë oor die rol en plek van voor-positiewe waardes in die regstelsel aan die toets van die regspraktyk bloot te stel. Uit die aard van die saak sal ek die Suid-Afrikaanse regspraak ontleed, steeds in die lig van die vraag: tot welke mate erken ons howe voor-positiewe waardes as legitieme regsbronne *in die privaatreë*?

My eie siening is soos volg:

Eerstens, in die oorgrote meerderheid van gevalle (die sg. *easy cases*) is dit nie nodig om buite die konvensionele regsbronne (wat insluit die gemenereg) te gaan nie. Die antwoord is te vind binne die parameters van die bestaande positiewe reg, hoewel dit soms moeilike uitleg of navorsing verg om die regte antwoord te vind – en regters daarvoor mag verskil.

---

<sup>1</sup> Raz *The Authority of Law* 1979 op 201; Sien ook die bespreking van William Lucy in die *Oxford Handbook* op 236.

Tweedens, in die sg. *hard cases* is daar in ons regspraak twee duidelike skole te onderskei – die positivistiese en die progressiewe (natuurregtelike?) juriste.

As voorbeeld van die positivistiese lyn kan genoem word die uitspraak van Kotze AR in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd*<sup>1</sup> waar hy<sup>2</sup> verklaar:

*“Our common law, based to a great extent on the civil law, contains many an equitable principle; but equity, as distinct from and opposed to the law, does not prevail with us. Equitable principles are only of force in so far as they have become authoritatively incorporated and recognised as rules of positive law.”*

Die probleem met hierdie stelling is dat dit uitgaan van 'n statiese, afgeslote sisteem: as 'n voor-positiewe waarde, soos billikheid, nie reeds as 'n regsreël gepositiveer is nie, *cadit quaestio*. En ook: as die hoogste hof van appèl nie gesaghebbend 'n voor-positiewe waarde kan inkorporeer en as 'n reël van die positiewe reg erken nie, wie kan dit doen? Slegs die wetgewer – wat beteken dat hervorming, indien dit ooit plaasvind, altyd *ex post facto* en té laat sal wees.

Dié positivistiese opvatting is daarna in 'n aantal uitsprake nagepraat.<sup>3</sup>

Dit het, juis op die gebied van die kontraktereg, tot uiters ongelukkige uitsprake aanleiding gegee, o.a. in die meerderheidsuitspraak van Joubert AR in *Bank of Lisbon and South Africa Lts v De Ornelas and Another*.<sup>4</sup> In die proses om die *exceptio doli generalis* dood te verklaar, sê Joubert AR:<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> 1925 AD 282.

<sup>2</sup> Op 295.

<sup>3</sup> O.a. deur Van den Heever AR in *Preller en Andere v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) veral op 500 E-H.

<sup>4</sup> 1988 (3) SA 580 (A).

<sup>5</sup> Op 605 I-606 D van die verslag.



*"Nor can I find any evidence of the existence of a general substantive defence based on equity. This is not suprising in as much as the Dutch Courts, unlike the English Courts until the Judicature Act 1873 became operative in 1875, did not administer a system of equity as distinct from a system of law. Roman-Dutch law is itself inherently an equitable legal system. In administering the law the Dutch Courts paid due regard to considerations of equity but only where equity was not inconsistent with the principles of law. Equity could not override a clear rule of law. That is also the position of our Courts as regards their equitable jurisdiction ..."*

Natuurlik is dit so dat blote billikheid nie 'n *clear rule of law* opsy kan skuif nie. Dit is Dworkin, MacCormick en Raz se *easy cases*. Maar wat Joubert AR nie sê nie, is wat die *clear rule of law* in die onderhawige geval is.

Dit wil voorkom of hy die *rule* verkeerd verstaan het, want sedert die Romeinse reg kon 'n verweerder hom op die *doli generalis* van die eiser beroep in kontraktuele gevalle. As dit 'n *easy case* was, moes die uitspraak na die anderkant gegaan het; as die kwessie omstrede was, en daar geen *clear rule of law* voorhande was, was Joubert AR se uitgangspunt ook verkeerd.

Ongelukkig is daar juis rondom die vraag na die relevansie van *bona fides* in die kontraktereg meerdere soortgelyke uitsprake selfs van ons hoogste hof, wat ek later volledig behandel.<sup>1</sup>

Gelukkig vertoon die hoofstroom van die Suid-Afrikaanse regterlike regsdenke 'n regdenkendheid en gebalanseerdheid wat voor-positiewe waardes as fundamenteel tot die regsreëls en regsbeginsels erken en verwelkom.

<sup>1</sup> Vgl. *Brisley v Drotsky* 2002 (4) SA 1 (SCA) die meerderheidsbeslissing; *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 (6) SA 21 (SCA).

In 'n belangrike artikel, *Aspects of the Role of Policy in the Evolution of our Common Law*<sup>1</sup> het Corbett AR op onverbloemde wyse die verligte standpunt ondersteun. Hy het<sup>2</sup> met goedkeuring verwys na die Amerikaanse skrywer Corwin<sup>3</sup> wat ten aansien van die veranderinge in die sestigjare, sê:

*"No longer did the Court seem bent on presenting the image that judges were merely the instruments through which the law spoke neutrally and impartially and where syllogistic reasoning and literal interpretation were viewed as the life of the law. Instead, the new Justices avowed a legal method which indicated a more sophisticated awareness of the political implications of the value choices they made. They saw themselves as decision-makers who deliberately weigh the conflicting claims of competing interests in the society in the context of some broad policy goals."*

Die belangrike punt van Corbett AR se artikel is dat die hof in moeilike sake of waar regsontwikkeling vereis word, hul deur waardes laat lei. Aan die hand van die regspraak deur Corbett AR bespreek, en ander, nuwere uitsprake, kan die volgende hooflyne aangemerkt word:

---

<sup>1</sup> Sien (1987) 104 SA Law Journal 52 tot 69.

<sup>2</sup> Op 53.

<sup>3</sup> Edward S. Corwin *The Constitution and What it Means Today* Princeton Univ.-Press Princeton 14e uitg. 1978 op 238.



- (1) Die onregmatigheidsvraag in die privaatrek word beoordeel aan die hand van die gemeenskapsopvatting van wat, objektief gesien, redelik en billik is.<sup>1</sup>
- (2) Wanneer gepraat word van 'die regsgevoel van die gemeenskap' word bedoel die regsgevoel van die gemeenskap se beleidmakers, soos die Wetgewer en die Regter.<sup>2</sup>
- (3) Die aanvaarding van die 1993- en 1996-Grondwette bring mee dat 'n objektiewe, normatiewe waardesisteem by ons ingevoer is. In *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another*<sup>3</sup> is 'n beslissing van die Duitse Federale Grondwethof aangehaal wat soos volg lui:

*"The jurisprudence of the Federal Constitutional Court is consistently to the effect that the basic right norms contain not only defensive subjective rights for the individual but embody at the same time an objective value system which, as a fundamental constitutional value for all areas of the law, acts as a guiding principle and stimulus for the Legislature, Executive and Judiciary."*

<sup>1</sup> Vgl. *Minister van Polisie v Ewels* 1975 (3) SA 590 (A); *Silva's Fishing Corporation (Pty) Ltd v Maweza* 1957 (2) SA 256 (A) per Steyn AR op 265 C-D; *Regal v African Superstate (Pty) Ltd* 1963 (1) SA 102 (A) per Rumpff AR op 121; *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A) op 833 A-B; *Schultz v Butt* 1986 (3) SA 667 (A) per Nicholas WnAR op 679 B-E; *Minister of Law and Order and Another v Kadir* 1995 (1) SA 303 (A) op 317 waar Fleming *The Law of Torts* 4e uitgawe 136 met goedkeuring aangehaal is: "In short, the recognition of a duty of care is the outcome of a value judgment, that the plaintiff's invaded interest is deemed worthy of legal protection against negligent interference by conduct of the kind alleged against the defendant. In the decision whether or not there is a duty, many factors interplay: the hand of history, our ideas of morals and justice, the convenience of administering the rule and our social ideas as to where the loss should fall. Hence, the incidence and extent of duties are liable to adjustment in the light of the constant shifts and changes in community attitudes." Sien ook *Knop v Johannesburg City Council* 1995 (2) SA 1 (A) op 27; *Premier Hangers CC v Polyoak (Pty) Ltd* 1997 (1) SA 416 (SCA) op 422.

<sup>2</sup> Nicholas WnR in *Schultz v Butt* *supra* op 679.

<sup>3</sup> 2001 (4) SA 938 (CC).

Na aanleiding hiervan, verklaar ons Grondwethof:<sup>1</sup>

*"The same is true of our Constitution. The influence of the fundamental constitutional values on the common law is mandated by S 39 (2) of the Constitution. It is within the matrix of this objective normative value system that the common law must be developed."*

- (4) Met hierdie uitspraak het die Grondwethof ondubbelsinnig bevestig dat die positivisme, in geen vorm, by ons geld nie, maar ook dat die houe gelei moet word deur 'n objektiewe, normatiewe waardesisteem. Dit is in ooreenstemming wat Corbett AR in die genoemde artikel reeds in 1987<sup>2</sup> gesê het:

*"On a different, and perhaps less elevated, plane, the policy decisions of our courts which shape and, at times, refashion the common law must also reflect the wishes, often unspoken, and the perceptions, often but dimly discerned, of the people. A community has certain common values and norms. These are in part a heritage from the past. To some extent too they are the product of the influence of other communities; of the interaction that takes place between peoples in all spheres of human activity; of the sayings and writings of the philosophers, the thinkers, the leaders, which have provide. It is these values and norms that the judge must apply in making his decision. And in doing so he must become 'the living voice of the people': he must 'know us better than we know ourselves': he must interpret society to itself.*

---

<sup>1</sup> In Carmichele op 961.

<sup>2</sup> Op 67.



*In this process the judge would no doubt be influenced by concepts of natural law, by international law norms and by the way in which the particular problem is handled in other comparable systems of jurisprudence. He would draw upon his knowledge and experience gained as an educated, responsible and enlightened member of society, upon the contact with and insight into his fellow humans which his professional career has given him; and he would draw upon his continuing perceptions of the attitudes of the community around him. And here it is of paramount importance that society should be free; that there should be freedom of the expression and the communication of ideas, an uninhibited press. For otherwise how is the judge to know what society is thinking?*

*At the same time the judge must bear in mind that community norms and values are not universally the same; and that they may vary from age to age."*

- (5) Dit volg dat daar, in ons reg, 'n innige verband is tussen voor-positiewe waardes en juridiese waardes. Dit stel nie alleen 'n uitdaging vir regsprekers nie, maar dien as 'n maatstaf waarteen uitsprake getoets kan en moet word.
- (6) In die oorgang van voor-positiewe na positiefregtelike waardes is dit goed om die navorsingsresultate van Dr. Kroeze, hierbo vermeld, voor oë te hou: Waar dit om waardes gaan, word nougesette en akkurate presisering en definisie van die betrokke waardes vereis ten einde inhoudslose retoriek te vermy.

Vir huidige doeleindes kan met veiligheid aanvaar word dat *die reg* nie uit die lug geval het of in die toekoms uit die lug sal val nie. *Die reg* is veranker in maatskaplike waardes, beginsels en instellings. Selfs nuwe wette en voorskrifte deur 'n wetgewer daargestel, kan tog nie los staan van die gemeenskap waarvoor die wet gemaak is nie, want enige wet moet, ten einde

legitimiteit te verwerf, deur dié gemeenskap aanvaar en erken word. Dit kan alleen gebeur as dié wet die mentaliteit, waardes en lewensbeskouing van die betrokke gemeenskap tot 'n saakmakende graad weerspieël. Die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse apartheidswette bewys dié stelling soos weinig ander stukke wetgewing in die regsgeeskiedenis van die wêreld.

Maar hieruit volg die vrae wat vir huidige doeleindes belangrik is: deur welke proses word oorgegaan van voor-positiewe waardes na bindende regsreëls? En wat is die inhoudelike struktuur van die privaatreë?

Die proses waardeur maatskaplike waardes oorgaan na regsreëls word in regstaal *positivering* of *institusioneeliserings* genoem:

*“Die positiewe reg word gepositiveer deur 'n daartoe kompetente orgaan; dit wil sê die positiewe reg word deur die kompetente orgaan gevorm deurdat konkrete inhoud gegee word aan vóórpositiewe regsbeginne. Omdat die positiewe reg die vorm aanneem van 'n norm, geld dit nie vanself, soos die natuurwette nie, maar is dit vir sy gelding afhanklik van positivering deur die een of ander orgaan, wat kompetent is om positiewe reg te positiver.”<sup>1</sup>*

Die proses van positivering vind plaas deur wetgewing (op alle vlakke), deur hofuitsprake (in die kader van die presedentestelsel), deur gewoontereëls en in die reëls en norme van ons gemenereg.

#### *Die inhoudelike struktuur van die privaatreë*

Dit word soms gesê dat die privaatreë uit reëls bestaan; of soms: uit reëls of norme.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> JD van der Vyver en FJ van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* Butterworths Durban 1972 op 40.

<sup>2</sup> Sien P van Warmelo *Regseer, Regswetenskap en Regsfilosofie* Juta Kaapstad 1973 op 10 ev.



Dat daar in die regsterminologie en –dogmatiek groot verwarring bestaan oor wat 'n *regsreël* presies is, kan nie ontken word nie. In Webster's *Third New International Dictionary* word 'n *rule* omskryf as

*"a legal precept applied to a given set of facts as stating the law applicable to a case,"* asook

*"a statement or doctrine accepted as part of the common law."*

Reeds hier het ons drie verskillende en doen ek aan die hand, weersprekende begrippe: *a legal precept*, *a statement* en *a doctrine*.

In Encarta se *World English Dictionary* word 'n *Rule* weergee as:

*"(A) Principle governing conduct; an authoritative principle set forth to guide behaviour or action (rules of the game)."*

By *a legal precept*, *a statement* en *doctrine* moet dus nou bygevoeg word *a principle*. Maar *a principle* is deel van die definisie van *foundation*, i.e. grondslag. Is 'n reël dus in ons geval, 'n grondslag van gebondenheid? 'n Grondslag op tersiêre vlak?

Ook die Concise Oxford Dictionary gee *rule* weer as:

*"a principle to which action or procedure conforms or is bound or intended to conform, dominant custom, canon, test, standard, normal state of things."*

Die HAT verduidelik ook 'n reël as:

*"'n voorskrif, bepaling, wet, verordening; riggsnoer"* en as

*“wat gewoonlik gebeur, gewoonte, beginsel, aanvaarde manier van doen.”*

Wat is die juridiese siening van die aard en plek van regsreëls in die *privaatreg*-sisteem?

In dié regsterminologie word daar gewoonlik deur juriste gebruik gemaak van terme soos *reëls*, *beginsels*, *begrippe*, *norme* (oftewel *standaarde*), *instellings*, *leerstukke* en *beleid*. Wat is die verskille (indien enige) tussen hierdie terme?

Roscoe Pound<sup>1</sup> definieer die eerste vier van die genoemde begrippe soos volg:

*“By **rules** I mean precepts attaching a definite detailed legal consequence to a definite detailed state of facts or situation of fact ... By **principles** I mean authoritative starting points for legal reasoning. They do not attach any detailed consequence to any definite, much less detailed, state or situation of fact. They furnish a basis for reasoning when a situation not governed by a precise rule comes up for consideration as to what provision should be made for it. By **legal conceptions** I mean authoritatively defined categories into which cases may be put with the result that certain rules and principles and standards become applicable ... **Legal standards** are defined measures of conduct, to be applied according to the circumstances of each case, entailing liability to respond for resulting injury in case the limits of the standard are departed from.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> *My Philosophy of Law* in *My philosophy of Law* uitgegee deur die Julius Rosenthal Foundation for General Law Boston Book Co. Boston 1941 op 257.

<sup>2</sup> My kursivering.



'n Ewe groot gees in die regsfilosofie, Ronald Dworkin,<sup>1</sup> bou die struktuur verder uit. Hy onderskei tussen *standards*, *rules*, *principles* en *policy*:

*"I call a 'policy' that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness of some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a **policy**, and the standard that no man may profit by his own wrong is a principle. The distinction can be collapsed by construing a principle as stating a social goal (i.e., the goal of a society in which no man profits by his own wrong), or by construing a policy as stating a principle (i.e., the principle that the goal the policy embraces is a worthy one) or by adopting the utilitarian thesis that principles of justice are disguised statements of goals (securing the greatest happiness of the greatest number). ... The difference between legal **principles** and legal **rules** is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. **Rules** are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision."*

Raz<sup>2</sup> trek 'n ander skeidslyn tussen reëls en beginsels. Reëls is van toepassing op relatief spesifieke handelinge, en beginsels of relatief

<sup>1</sup> *Taking Rights Seriously* Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1977 op 22 tot 24.

<sup>2</sup> *Legal Principles and the Limits of Law* in (1972) 81 Yale Law Journal 823 ev.

onspesifieke handeling. Hy meen onder andere dat die proposisie dat 'n belofte nagekom moet word, 'n reël is; die proposisie dat vryheid van spraak beskerm moet word, is 'n beginsel.<sup>1</sup> Met hierdie onderskeid is Dworkin<sup>2</sup> nie tevrede nie – dis 'n onderskeid, sê hy, sonder 'n verskil.

Ook Lubbe<sup>3</sup> gebruik die terme reëls, beginsels en waardes.<sup>4</sup>

*“Ons kontraktereg vertoon in die breë die eienskappe van konsensualisme, kontrakteervryheid en handelsvryheid en neem die strenge handhawing van ernstig bedoelde ooreenkomste (**pacta sunt servanda**) as vertrekpunt. **Reëls** en **begrippe** met hierdie strekking gee uiting aan 'n fundamentele **ideaal** of **waarde** van ons privaatreë, naamlik die **beginsel** van individuele outonomie. Hierdie **etiese postulaat** ... Die outonomie-beginsel ... Ons reg erken meerdere, kompeterende **beginsels en beleidsfaktore** wat benewens die outonomie-beginsel fungeer as determinante van **regsreëls** en – **instellings**.”<sup>5</sup>*

Lubbe raak self die kwessie van die verskil tussen *beleidsoorwegings* en – *beginsels* as komponente van die onderliggende *regsoorwegings* aan, en sê dat dit problematies is.<sup>6</sup>

*“In die algemeen dui eersgenoemde op sosio-ekonomiese oogmerke wat ter bevordering van algemene belange en behoeftes dien, terwyl 'n*

---

<sup>1</sup> *Legal Principles* 1972 op 838 ev.

<sup>2</sup> *Taking Rights Seriously* 1977 op 78.

<sup>3</sup> *Estoppel, vertrouensbeskerming en die struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreë* in (1991) 1 TSAR 1 op 13 ev.

<sup>4</sup> Op 244.

<sup>5</sup> My beklemtoning.

<sup>6</sup> *Estoppel* 1991 op 13 voetnoot 98.



**beginsel** 'n etiese waarde of **prinsiep** gemik op die verwesenliking van geregtigheid en billikheid beliggaam."<sup>1</sup>

JM Smits<sup>2</sup> worstel ook met die dogmatiek en struktuur van die privaatreë, juis ook in verband met die plek en aard van die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Sy gedagtes kan soos volg saamgevat word:

- (a) Die verhouding tussen *reël* en *beginsel* is problematies en in die Vastelandse literatuur is daar 'n uitgebreide literatuur daaroor. Beide is juridiese *maatstawwe*, en in die algemeen gesproke is die verskil geleë in die mate waarin die maatstaf gekonkretiseer is. Die reël vorm dan 'n meer konkrete maatstaf as die beginsel. Oor die kriterium van die mate van konkretisering bestaan daar verskille – Dworkin meen byvoorbeeld dat beginsels met mekaar in stryd kan kom, maar dat reëls so gekonkretiseer is dat hulle nie botsend kan wees nie.<sup>3</sup>
- (b) Die tradisionele opvatting is dat elke reël uitgelê moet word teen die agtergrond van die onderliggende beginsel. Hieruit volg dat reëls en beginsels nie sonder mekaar kan bestaan nie: die reël het die beginsel nodig om begryp te word, die beginsel het die reël nodig om gekonkretiseer te word.<sup>4</sup>
- (c) Gemelde siening is nie vir Smits aanvaarbaar nie. Die vraag: welke beginsels en reëls geld, is nie hierdeur beantwoord nie. Dit moet ook weer uitgelê word. Is daar dan nog 'n 'vaste punt' in die regsisteem denkbaar? As mens die vaste punt in die beginsel vind, is dit nie nodig om verder te gawe nie. Maar, meen Smits<sup>5</sup> regsvinding mag nie aan die hand van beginsels geskied nie.

---

<sup>1</sup> My beklemtoning.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* 1995 op 67.

<sup>3</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 67-68.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 69.

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 70.

*"Beginselen zijn heuristische factoren die aangeven in welke richting men de legitimatie van het te gegeven oordeel moet zoeken. Een direct 'recht doen' op grond van beginselen is echter niet gewenst. De vraag moet gesteld in hoeverre daarmee aansluiting wordt gezocht bij de leerstukken van het geldend recht. Uiteraard is het mogelijk om in een afweging van beginselen tegen elkaar tot het een juist resultaat te komen, maar zolang niet duidelijk is hoe een dergelijke afweging zich verhoudt tot de traditionele wijze van redeneren, achten wij haar onverantwoord."*<sup>1</sup>

- (d) Smits meen dat die oplossing lê in die sivilregtelike *leerstukke*. 'n Leerstuk omskryf hy<sup>2</sup> as 'n min of meer sistematies samehangende geheel van gevalle met bybehorende reëls. Die samehang lê in die leerstukke, by uitstek die elemente met informatiewe waarde. Hul bevat 'n arsenaal van reeds besliste, en met mekaar verbandhoudende gevalle en gee daarmee 'n skat van kennis omtrent die regverdige wyse van reg doen. Mens kan dan deur middel van gevalsvergelyking tot so 'n regverdige-moontlike uitslag kom.
- (e) Reëls bepaal 'n standaardsituasie waaroor, wat betref 'n regverdige uitkoms, nie langer getwis hoef te word nie. Die reël is 'n "*gestandaardiseerde belangenafweging*", wat aansluit by die Griekse woord *dogma* en die Duitse "*grondwaarheden, ... ideën die hun basis*

---

<sup>1</sup> Die Suid-Afrikaanse juris, wat graag die Anglo-Amerikaanse reg beskryf as een *rich in detail, poor in principle*, sal verbaas staan oor Smits se aanmerking op 70 dat daardie regstelsel se nadruk op beginsels goed te begrype is!

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 73.



*vinden in het maatschappelijk bewustzijn, voor het recht dus in het **rechtsbewustzijn**".<sup>1</sup>*

- (f) Sien mens dus die regsreël as 'n gestandaardiseerde belange-afweging, dan is daar nie langer sprake dat 'n reël op 'n geval *toegepas* word nie. Dit gaan eerder daarom dat mens die verskille en ooreenkomste tussen die voorliggende geval en die *reëlgeval* moet ontdek. Die reg is dus 'n sisteem van "*gelijkenissen*", dit wil sê vergelykings. Die ervaring wat opgedoen is met die oplossing van konflikte is neergelê in die reël. As 'n soortgelyke geval hom voordoen, word eenvoudig op die reël teruggeval. Die reël is daarom die legitimasie van die beslissing. Dat 'n regsreël ontwikkel is uit 'n groot aantal gevalle wat in die verlede op 'n bepaalde wyse beslis is, lê vir Smits<sup>2</sup> voor die hand. Maar dit volg vir hom dat as die voorliggende geval nie inpas by die reël nie, wydlopende interpretasie nie in orde nie. Daar moet eerder in so 'n geval op 'n ander wyse beslis word. Reëls is dus relatief vrystaande. Die *ander wyse* van beslissing is dan om terug te val op die ervaring van leerstukke. Daar moet in die leerstukke van die privaatreëls gesoek word na standaardsituasies wat nog verborge is. Leerstukke, wat die gevalle saambind, waarborg daarby as relatiewe eindpunte koherensie en kontinuïteit.<sup>3</sup>
- (g) Smits noem as voorbeelde van leerstukke ooreenkoms, onregmatige daad, erfpag, eiendom, saakwaarneming, e.d.m.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Smit *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 76. Smits, t.a.p. voetnoot 140 beroep hom ook op die werk van Ulrich Meyer-Cording *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?: zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft* Tübingen 1973 op 7 vir die stelling dat by reëls dit gaan om die essensie van maatskaplike denke en gevoelens. Meyer-Cording voeg hier aan toe, aldus Smits, dat het *dus* gaan om algemeen geldige ewige waarhede waaraan twyfel en waarvoor diskussie nie moontlik is nie. Dit lyk, vir Smits, darem te absoluut geformuleerd. Tereg.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 78.

<sup>3</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 79.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 73.

## Bespreking

- (a) Dit moet ter aanvang van hierdie bespreking beklemtoon word dat die ontrafeling van die struktuur van die privaatrek wat hier aangepak word, slegs ten doel het om te probeer bepaal waar, in dié struktuur, die grondslag van kontraktuele gebondenheid gesoek moet word. Die klem word myns insiens deur Smits<sup>1</sup> op die regte plek geplaas:

*“Dit moet dan so worden beschouwd dat achter het beroep op wil, verklaring of vertrouwen, waarop door de rechter **ter legitimering** een beroep wordt gedaan, een werkelijke reden voor de gebondenheid schuilgaat. Dus niet omdat de wilsleer (vertrouwensleer, verklaringsleer of wils-vertrouwensleer) wordt toegepast, bestaat gebondenheid, maar omdat gebondenheid geïndiceert is, wordt de wilsleer (of andere leer) te rechtvaardiging gebruikt.”*

Dus: waar in die struktuur van die privaatrek moet ons die antwoord op die vraag: waarom is kontraktuele gebondenheid aangedui, vind? Is dit in reëls, beginsels, leerstukke, standarde, beleidsoorwegings, regsoorwegings of maatstawwe?

- (b) Ek meen dat mens met die eenvoudigste gemene kenmerk en die mins omstrede bousteen van die struktuur moet begin, t.w. die *regsreël*. Ten spyte van nuanses, meen ek dat 'n regsreël omskryf kan word as voorskrif van die positiewe rek met bindende krag met betrekking tot 'n bepaalde feitesituasie of situasies. Dit is in ooreenstemming met die algemene terminologiese betekenis van die woord. Webster's New International Dictionary omskryf 'n *rule* as “a legal precept applied to a given set of facts as stating the law applicable to a case”.

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 200.



My siening is dan ook wesenlik in ooreenstemming met Pound se definisie<sup>1</sup> en met Dworkin<sup>2</sup> en Smits.<sup>3</sup>

- (c) Ek meen ook dat die regsreël die uiteindelijke vorm is waarin voor-positiewe, gemeenskapswaardes, gepositiveer word. Met Smits<sup>4</sup> stem ek saam dat regsreëls ontwikkel is uit 'n groot aantal gevalle wat in die verlede op 'n bepaalde wyse beslis is. Die vraag is: beslis deur wie? Die antwoord moet wees: aanvanklik deur die gemeenskap, later deur die geïnstitusionele regsorgane, dit wil sê deur die positiveringsproses. Wat beteken *die positiveringsproses* en wat word *gepositiveer*? Die antwoord is voor-die-hand liggend en nie omstrede nie: dit is uiteindelik gemeenskapswaardes wat gepositiveer word deur die wetgewer of die hof. Regsreëls is idees wat hul basis vind in die maatskaplike bewussyn;<sup>5</sup> wat berus op die essensie van maatskaplike denke en gevoelens.<sup>6</sup>
- (d) Regsreëls is sigbare, definieerbare manifestasies van die privaatrek.
- (e) Regsbeginsels is, soos Pound aantoon, gesaghebbende aanknopingspunte vir juridiese argumentering en van juridiese afleidings en as basis van uitbreiding van regsreëls. Regsbeginsels het nie die bindende krag van 'n regsreël nie. Dit verskil nie in wese van Dworkin se siening nie: albei sou die stelling dat iemand deur sy eie onregmatige optrede bevoordeel mag word nie, as 'n regsbeginsel (*principle*) beskou. Soos Dworkin tereg aantoon gebruik Raz ander woorde, maar hy beskou 'n beginsel in dieselfde lig. Die voorbeeld wat

---

<sup>1</sup> *Supra*.

<sup>2</sup> *Supra*.

<sup>3</sup> *Supra*.

<sup>4</sup> *Supra*.

<sup>5</sup> Smits *supra*.

<sup>6</sup> Meyer-Cording *supra*.

hy gee – die proposisie dat vryheid van spraak beskerm moet word is vir hom 'n beginsel – illustreer die korrektheid van Dworkin se siening. Dieselfde opvatting skemer deur in Lubbe se metodologie: die proposisie dat die outonomie beskermingswaardig is, is 'n beginsel. Ook vir Smits is beginsels “*heuristiese faktore*” wat aantoon in welke rigting die legitimering van 'n gegewe oordeel gevind moet word.

Kan 'n mens hierdie onderliggende beginsels in die kontraktereg priorities bepaal?

In 1974 het Peter Stein en John Shand beide van Cambridge Universiteit, 'n werk getiteld *Legal Values in Western Society* die lig laat sien.<sup>1</sup> In hul hoofstuk oor *Contract, Competition and Commercial Conflict*<sup>2</sup> bespreek die skrywers die samehang en betekenis van die *morele plig* om beloftes na te kom wat vanaf die sestiende en sewentiende eeue uitgeloop het op die siening dat die morele basis gesien word in die lig daarvan dat die promissor deur sy belofte 'n *redelike verwagting* by die teenparty geskep het dat dit nagekom sal word. Teenoor hierdie basiese waarde staan dan die beginsel van *equity* of goeie trou wat nie veel ondersteuning in die Engelse reg geniet nie, maar wel in die kontinentale reg – die skrywers verwys veral na paragraaf 242 van die BGB.<sup>3</sup>

Die skrywers stel vervolgens<sup>4</sup> ook die waardes van voorspelbaarheid (*predictability*) en samewerking (*co-operation*). Onder eersgenoemde val die eise van regsekerheid en die kontinuïteit van bestaande reëls, sodat handelende partye vooraf weet wat hul moet en mag doen en wat die gevolge van 'n sosiaal-inadekwate handeling (bv. kontrakbreuk) is. Die skrywers skryf

<sup>1</sup> University Press Cambridge 1974.

<sup>2</sup> *Legal Values* 1974 op 230-251.

<sup>3</sup> Hulle verklaar op 234: “Whereas a moralistic concept of contract leads to a reluctance to enforce unconscionable bargains, a concept which seeks to serve the business community's need for secure credit is far more concerned with certainty and favours the strict, albeit often unjust, enforcement of obligations.”

<sup>4</sup> *Legal Values* 1974 op 235 ev



die konserwatisme van die Engelse howe (waarvan hul goeie voorbeelde gee) aan hierdie waarde toe.

Daarenteen het daar, volgens die skrywers<sup>1</sup> ook van tyd tot tyd die opvatting bestaan dat die kontraktereëls gesien moet word uit die oogpunt dat die partye 'n gemeenskaplike doel beoog en nagestreef het. Dit was, volgens die skrywers<sup>2</sup> miskien die basis van die objektiewe leer, in die sin dat daar gesoek word na één *intent of the transaction*. Die skrywers toon tereg aan dat die siening op 'n fiksie berus en werklikheids-ontrou is. Partye streef hul eie, dikwels botsende, doeleindes na – gewoonlik wil elkeen 'n voordeel behaal – en die kontrak is maar net die slagveld waarop dié konflik hom afspeel.<sup>3</sup>

Die skrywers meen ook dat onlangse pogings van Lord Denning om *fairness* 'n rol te laat speel by dwaling en van wat *equitable is by promissory estoppel*, “... *has placed the law in a highly volatile and unpredictable state*.”<sup>4</sup> Hulle siening, gebaseer op dié van Porter J in *Mutual Finance Ltd v Wetton Ltd*<sup>5</sup> is dat die aanwending in 'n bepaalde feitelike situasie van die beginsel dat 'n kontrak gesluit weens dwaling nie onbillikerwys afdwing sal word nie, aanleiding sal gee tot die ontstaan van 'n dienooreenkomstige regsreël wat in toekomstige ooreenstemmende gevalle toegepas sal word. As voorbeeld noem hulle<sup>6</sup> die ontwikkeling van die reëls insake die afdwingbaarheid van ooreenkomste wat die handelsvryheid beperk.

<sup>1</sup> *Legal Values* 1974 op 237 ev.

<sup>2</sup> *Legal Values* 1974 op 238.

<sup>3</sup> *Legal Values* 1974 op 240 word tereg gesê: “*This buccaneering spirit of English common law is consistent with its mercantile roots. English law regards every contractor as a businessman for whom it is an everyday matter to negotiate and contract. He is assumed to be well able to look after himself, and to stipulate for such terms as feels necessary for his protection; ...*”

<sup>4</sup> *Legal Values* 1974 op 241.

<sup>5</sup> [1937] 2 All ER 657 (KBD).

<sup>6</sup> Op 241.

Wat dus gebeur, volgens die skrywers<sup>1</sup> is dat billikheid en selfs die openbare belang geformaliseer word in vaste reëls waarbuite daar nie ligtelik beweeg word nie.

Die skrywers verwys ook na die norm of waarde van *freedom of contract* of, wat hulle noem "*parties' dynamic rule-making sovereignty*". Dit word vandag beperk deur talle parlementêre reëls en wette en deur reëls ontwikkel deur die howe – byvoorbeeld deur *implied terms*.

Die skrywers stel ook *individuele belang* teenoor *openbare belang* as belangrike waardes.<sup>2</sup> Wat presies onder openbare belang verstaan moet word en hoe dit in bepaalde reëls *vergestalt* moet word, is uiters problematies. Hulle meen<sup>3</sup> "*the common law has often ... thrived on ambiguity and it would be mistaken, even if it were possible, to try to crystallise the rules of this, or any, aspect of public policy into neat propositions*".

Dit is duidelik dat Stein en Shand nie bewustelik 'n verskil maak tussen juridiese waardes en regsbeginsels nie, want sommige van die begrippe wat hulle bespreek kan óf as waardes óf as beginsels gesien word – of as beide; byvoorbeeld kontrakteervryheid en regsekerheid. Daar is dus hier 'n begripsonsekerheid wat verwarrend inwerk. Dit is sekerlik ook so dat die waardes wat hulle identifiseer, nie die enigstes is nie.

Terwyl dit so is dat die samehang en jukstaposisie van die *norme* wat in 'n regstelsel gebruik word, uiters ingewikkeld en omstrede is,<sup>4</sup> en tot 'n groot

<sup>1</sup> *Legal Values* 1974 op 241.

<sup>2</sup> *Legal Values* 1974 op 244.

<sup>3</sup> *Legal Values* 1974 op 245.

<sup>4</sup> Van Warmelo *Regsleer* 1973 op 154: "Dit bring ons eintlik weer terug tot die feit dat die reg so baie omvat, so beweeglik en veranderlik is, dat die verhouding tussen die verskeie aspekte van die reg en al die faktore wat daarop invloed het nouliks saamgevat kan word." Raz *The Authority of Law* op 78; Stone *Legal System and Lawyers' Reasoning* Maitland Publications Sydney 1968 op 185 ev; 199 ev.



mate tot *homines, quod sententiae*, is my siening dat die samehang tussen voor-positiewe waardes, juridiese waardes, regsbeginsele en regsreëls

- (a) 'n onlosmaaklike samehang vertoon; en
- (b) slegs onderskeibaar is in die graad en wyse van afdwinging daarvan.

Ek bespreek in meer besonderhede hierdie twee stellings. Eers, stelling (a).

Die regsreël dat by kontrakbreuk die skuldige verplig is om die onskuldige se skade, bereken volgens positiewe *interesse*, te vergoed, kan teruggevoer word na 'n regsbeginsele of –beginsele naamlik *pacta sunt servanda* en *hy wat onregmatiglik skade veroorsaak, moet dit vergoed*. Daardie regsbeginsele is terugvoerbaar na bepaalde juridiese waardes, naamlik die respek vir die gestanddoening van ooreenkomste en dat individue mekaar nie mag benadeel nie. Daardie juridiese waardes is terugvoerbaar na voor-positiewe waardes en instellings, naamlik dat individue deur die gebruikmaking van die kontrakinstelling hul privaatoutonomie mag uitoefen, maar ook die verantwoordelikheid vir hul handeling moet dra. Dit is m.i. minstens in die Suid-Afrikaanse privaatreghstelsel, 'n geldige siening van die hiërargie van norme.

Buite hierdie hiërargie, maar ondersteunend en aanvullend daartoe, staan juridiese (en filosofiese) metodes en denkwyses, teorieë en leerstukke.

Filosofie, ook regsfilosofie, bestaan uit *abstraherend-sistematiese denke*. “Nadenke aktiveer filosofie: dit stel die proses van filosofer in werking. Dit gebeur egter op 'n abstrakter vlak as waarop die besondere (vak-) wetenskappe beoefen word. Filosofiese nadenke aanvaar abstraksie as 'n gegewe, terwyl vakwetenskaplike nadenke rigting daaraan gee en dit begelei met die behoeftes van 'n meer besondere en gespesialiseerde veld van ondersoek voorstel.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Venter en andere *Regsnavoring* 1990 op 11.

Regsfilosofie is in wese dus nadenke, maar is nie sonder praktiese betekenis nie. Nadenke lei gewoonlik tot aksie. Aksie bevestig of verander bestaande toestande. Die regsfilosofie het 'n enorme invloed op regsreëls, regsbeginsels, waardes en regstelsels gehad en sal dit nog vir altyd in die toekoms hê.

*"In all stages of what may be described fairly as legal development philosophy has been a useful servant. But in some it has been a tyrannous servant and in all but form a master. It has been used to break down the authority of outworn tradition, to bend authoritatively imposed rules that admitted of no change to new uses which changed profoundly their practical effect, to organize and systematize legal materials and to fortify established rules and institutions when periods of growth were succeeded by periods of stability and of merely formal reconstruction. Such has been its actual achievements."*<sup>1</sup>

Hipoteses en teorieë is beide deel van die regsmetodologie en bestaan uit 'n reeks handelinge of denke wat op 'n verskeidenheid metodes berus. Die oogmerk is om sistematies, in 'n geheelkonteks, wetenskaplik geldige uitsprake oor die stand van sake te maak.<sup>2</sup> 'n Hipotese is 'n veronderstelling – 'n wegspringplek – vanwaar 'n verdere ondersoek en uiteindelik wetenskaplike teorievorming begin word. 'n Hipotese is falsifieerbaar, dit wil sê dit kan verkeerd bewys word.<sup>3</sup>

'n Teorie is die samevoering van hipoteses en analitiese oordele tot 'n eenheid:

*"'n Teorie steun op hipoteses, en is daarom ook falsifieerbaar en voorlopig; dit kan eweneens geweeg en te lig bevind word; dit kan ook*

---

<sup>1</sup> Roscoe Pound *An Introduction to the Philosophy of Law* Yale University Press New Haven 16<sup>th</sup> print 1978 op 1-2.

<sup>2</sup> Venter en andere *Regsnavorsing* 1990 op 78.

<sup>3</sup> Venter en andere *Regsnavorsing* 1990 op 78.



*aangesuiwer en verbeter word. Wetenskaplike kennis as teoretiese kennis is bygevolg ook immer voorlopig, immer onvolledig en immer feilbaar.*"<sup>1</sup>

Dit volg uit bogaande dat 'n hipotese of teorie ook moontlik waar bewys kan word. Of 'n teorie vals of waar is, hang af van die feite wat empiries vasgestel moet word, byvoorbeeld die hipotese of teorie dat vigs deur die HIV-virus veroorsaak word is empiries as waar bewys; die teorie dat vigs deur ondervoeding veroorsaak word, is empiries as onwaar bewys. Eersgenoemde, waar, teorie word derhalwe 'n wetenskaplike feit.

Deel van die ondersteunende en aanvullende regsbegrippe is ook nog leerstukke (*doctrines*). Smits<sup>2</sup> omskryf leerstukke as *complexen van met elkaar samehangende reëls*. Dink 'n mens aan bekende leerstukke, soos dié van *estoppel*, dan skyn dié omskrywing korrek te wees.

Die punt is dat 'n leerstuk nie 'n teorie is nie, maar 'n samevatting van 'n aantal geldende reëls is, met die doel om omskrywing of verwysing daarna te vergemaklik. Dit is wetenskaplike snelskrif. 'n Leerstuk kan dus nie méér bevat as die somtotaal van die betrokke reëls nie.

Ek het hierbo gesê dat voor-positiewe waardes, juridiese waardes, regsbeginsels en regsreëls 'n onlosmaaklike samehang vertoon. Daarmee word bedoel dat die een nie sonder die ander kan bestaan nie. Dit het ek reeds hierbo geargumenteer. Maar in 'n ontwikkelde wetenskaplike regstelsel bestaan hierdie verskynsels nie *in vacuo* nie. Die aanverwante tegnieke en hulpmiddels hierbo bespreek wanneer toegevoeg tot die reg, in bogemelde sin, konstitueer die regswetenskap. Sonder voor-positiewe waardes, regswaardes, regsbeginsels en regsreëls kan daar geen regswetenskap wees nie. Op sy beurt gee die regswetenskap transendentele betekenis aan gemelde begrippe.

<sup>1</sup> Venter en andere, *Regsnavorsing* 1990 op 80.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1990 op 21.

Sover my gedagtes oor stelling (a) hierbo. Stelling (b) hou in dat voor-positiewe en regswaardes, regsbeginsels en regsreëls hoogstens onderskeibaar is in die graad en wyse van afdwinging daarvan.

Die waarheid van die stelling kan ten beste getoets word aan die hand van die beregtingsproses in 'n hof deur 'n regter. Die eerste en sterkste gesagsbron waarop die regter steun of kan steun, is 'n bestaande en erkende regsreël. As daar so 'n reël is, hoef die regter nie die ander begrippe te oorweeg of aan te wend nie. Gestel egter die advokaat van een van die partye argumenteer dat die betrokke reël nie in die betrokke geding toegepas moet word nie of gekwalifiseer moet word. Dit kan hy alleen doen deur hom te beroep op ander reëls, en by gebrek daaraan op die ander begrippe hierbo genoem (waardes, regsbeginsels). As daar 'n ander moontlik toepaslike reël is, moet die regter 'n keuse maak: is die ander reël relevant en toepaslik, en indien wel, tot welke mate? Hierdie is een van die voorbeelde van die *hard cases* wat in die literatuur bespreek word. Maar hoe moet die regter dié keuse doen? Hy of sy kan dit alleen maar doen deur met behulp van alle middele tot sy of haar beskikking (regsfilosofie, teorie, leerstukke) vas te stel waar die kompeterende reëls in die uitspansel van voor-positiewe en positiewe waardes en regsbeginsels tuishoort, en daarvolgens sy keuse uitoefen.

Dieselfde moet gebeur as die regter bevind dat daar geen bestaande regsreël op die geval van toepassing is nie. Hy of sy moet dieselfde denkproses en handelingswyse volg as wat so pas hierbo beskryf is.

Die punt is dus dat die regter in die eerste plek bestaande regsreëls sal soek en toepas en dan, in volgorde, ag slaan op bestaande regsbeginsels, dan op erkende juridiese waardes, en uiteindelik op voor-positiewe waardes.

Dié proses is so alledaags in ons howe en so logies dat dit geen diepgaande betoog verdien nie; dit bewys wel dat nóg die positiviste nóg die naturaliste



dit reg het: elkeen het 'n deel van die werklikheid beet. En in die proses om deur die genoemde regsbronne te werk om 'n antwoord op die vraag voor hom te vind, sal die regter van regsfilosofie, regsteorieë en leerstukke gebruik maak. Dit moet egter steeds voor oë gehou word dat die *regter* in 'n privaatregtelike dispuut uiteindelik slegs moet beslis of die verweerder teenoor die eiser aanspreeklik is. Omdat hy, volgens ons reg, verplig is om openbare, verantwoorde redes vir sy of haar beslissing te gee, moet hy uiteindelik die basis waarop hy of sy die aanspreeklikheid al dan nie van die verweerder baseer, uitspel. Dit beteken dat die regter uiteindelik die *regsreël* waarop die uitspraak gebaseer is, moet identifiseer.

Dit volg dat vir die regter die uiteindelijke grondslag van aanspreeklik in die betrokke geval al dan nie van die verweerder slegs geleë is in 'n aangepaste regsreël – al is dit so dat hy dié regsreël gevind het deur navorsing, deduktiewe denke, historiese en regsvergelykende ondersoeke, analoë gevolgtrekkings, ens. Wat hy inderdaad deur hierdie proses van denke en navorsing gedoen het is om deur die agterliggende regsbronne – regsbeginsels, gepositiveerde en voor-positiewe waardes te werk, en om van die hulpkriteria: hipoteses, teorieë, filosofieë en leerstukke in ruim mate gebruik te maak, ten einde ten slotte 'n waarde-oordeel te vel. Uiteindelik weerspieël elke uitspraak 'n waarde-oordeel.

Die bespiegelende juris – die regswetenskaplike, die regsfilosoof, die teoretikus – moet noodgedwonge dieselfde denkproses volg. Sy of haar belangstelling is weliswaar gerig op vrae soos: hoe en waarom het die regter die regsreël gevind soos hy of sy dit wel gedoen het? Wat lê agter die regsreël? Welke gevolgtrekkings kan bereik word uit 'n aantal uitsprake wat met dieselfde probleem gehandel het? Is daar 'n eenvormige basis vir die regters se bevindinge oor die bestaan al dan nie van die betrokke regsreël? En wat leer ons daaruit? En: as daar nie eenvormigheid van denke en juridiese gevolgtrekkings bestaan nie, wat is die basis van die verskille? Maar ook die juris se uiteindelijke oogmerk is om die waardes agter die regsreëls te vind.

## SINTESE

'n Regsreël is vir sy voortbestaan afhanklik van sy legitimiteit. Dit word bepaal deur die vraag welke waardes deur die reël verteenwoordig word. As dit 'n waarde is wat deur die gemeenskap geskraag word, sal die reël ondersteun word, en andersom. Dit volg dus logieserwys dat 'n legitieme reël nie 'n ander waarde kan verteenwoordig as die waardes wat in bestaande (of sterk ontwikkelende) juridiese waardes, regsbeginsels, leerstukke of voorpositiese waardes geld nie. Daar is dus 'n onlosmaaklike sintese in die hele waardestelsel, en as ons soek na die grondslag van 'n reël of van 'n normkompleks, moet alle komponente van die geheel onder die loep kom.

Hieruit volg een van die belangrikste temas van my ondersoek te wete 'n regsreël is nie 'n eenvoudige waarde-vrye bevel of "command" nie, maar weerspieël die kulminasie van 'n agterliggende waarde-sisteem. Wie dit nie kan insien of raaksien nie weens 'n verwronge positivistiese visie, sal die reël nie verstaan of kan aanpas nie. Vir so 'n persoon is die reg sg. *black letter law*.

In aansluiting by Dworkin meen ek dat as 'n regsreël eenmaal gepositiveer is, die agterliggende waardes nie verdwyn nie maar steeds deel van die reël vorm. Die reël is maar 'n raam waarbinne die relevante waardes, beginsels en norme steeds aktief bestaan. Hulle is die basis waarop die regter en juris die reël kan verstaan, evalueer en, van *kernbelang*, kan aanpas, verander en moderniseer. Waardes soos openbare beleid, openbare belang, die *boni mores*, die goeie trou, die opvatting dat vertrouwe nie geskend mag word nie, eerlikheid, regverdigheid en billikheid, altruïsme en die strewe na regsekerheid is maar 'n paar van hierdie waardes.

Daarom is elke regsreël vir my 'n *ope norm*, steeds ontvanklik vir die wekroep om erkenning van gemeenskapswaardes.

~~~ o0o ~~~


HOOFSTUK 3

KONTRAK AS *CONSENSUS* EN, IN VERBAND DAARMEE, *DISSENSUS*

Inleiding

Dissensus is die naam wat tans gebruiklik is vir daardie vorm van dwaling wat Von Savigny '*oneigenlike dwaling*' genoem het. Weens 'n vergissing of verspreking of skryffout of 'n onduidelike of dubbelsinnige verklaring is daar geen ware, dit wil sê subjektiewe *consensus* tussen die twee onderhandelende partye nie, maar hulle dink vir 'n korter of langer tyd dat hulle dit eens is. Later vind hulle van die *dissensus* uit. Miskien het een of albei van hulle reeds onkoste gehad of uitgawes aangegaan in vertroue op die bestaan van 'n geldige en afdwingbare kontrak. Hy of hulle kan nou nie op die kontrak steun nie – as mens die wilsleer konsekwent toepas – maar op wie moet die gelede skade rus? Die teksboek geval¹ is dié van die Duitse geding tussen Weiller en Oppenheim wat in 1856 in Keulen aangehoor is. Die eienaar van aandele wil dit verkoop. Hy stuur 'n telegram aan 'n makelaar met die opdrag: "Verkoop". Die telegrafis begaan 'n fout en die telegram bereik die makelaar met die opdrag: "Koop". Nadat hy gekoop het, val die prys. Die eienaar ly 'n groot verlies. Wie moet die skade dra? Daar is geen *consensus* en dus geen kontrak tussen eienaar en makelaar nie, aldus die oorgelewerde reg. Gestel die telegraafagentskap kan weens die bestaan van 'n klousule wat hul aanspreeklikheid beperk, nie aanspreeklik gehou word nie. Moet die eienaar dan wel die makelaar die skade dra – en om welke rede? Moet die eienaar die aandele vir sy rekening neem, of moet die makelaar dit neem en daarvoor betaal? Die blote *consensus*-begrip help nou nie meer om die probleem op te los nie. Moet dié vereiste verwerp, vervang of aangevul word? En: hoekom en op welke regsgrondslag? Kan daar nog sprake van *kontraktuele* gebondenheid wees?

¹ Genoem in De Wet en Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 5de uitg. Butterworths Durban 1992 op 10 voetnoot 5.

Daar is 'n legio maniere waarop die probleem van *dissensus* kan ontstaan.¹ Dit is 'n probleem wat in alle regstelsels voorkom en 'n oplossing verg, juis omdat die *consensus*-uitgangspunt nie in hierdie gevalle konsekwent gehandhaaf kan word nie.

Dissensus of uitleg?

Logies gesien, is daar in die kader van die totstandkoming van 'n kontrak twee duidelik onderskeibare aspekte. Die een het te doen met die vasstelling van die inhoud van die onderskeie wilsverklaringe van die partye en die uitleg daarvan; die ander met die uitleg van die kontrak.

Eersgenoemde het ten doel om te bepaal of daar hoegenaamd 'n kontrak tot stand gekom het. Dit word gedoen om feitelik vas te stel hoe die partye teenoor mekaar opgetree het en hoe hul gedrag – *in casu* wilsverklaringe – geïnterpreteer moet word. Hierdie vasstellings- en interpretasie proses kan afhangende van mens se benadering tot dié problematiek (bv. subjektief, objektief, normatief, vertrouensgeoriënteerd) daartoe lei dat mens moet sê daar is geen kontrak nie of daar het wel 'n kontrak tot stand gekom. Dit is in hierdie fase waar die *dissensus*-probleem en die verskillende moontlike benaderings daaroor, ter sprake kom.

Heel anders is die ander aspek, waarin dit vasstaan dat 'n kontrak wel op bepaalde, vaste terme tot stand gekom het, maar volgens die partye self die dispuut om die betekenis daarvan wentel. Hier gaan dit oor die proses wat *uitleg van kontrakte* genoem word.

Dit is voor die hand liggend dat daar 'n noue verband tussen die twee aspekte bestaan of kan bestaan. Neem nou maar 'n geval soos in *Logan v Beit*² waar Logan aan Beit 100 aandele op 'n bepaalde datum verkoop het "*cum rights*".

¹ Sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 1992 op 10-11.

² (1890) 7 SC 197.

A sê hy het dié uitdrukking verstaan om X te beteken, B sê hy het dit verstaan om Y te beteken. Is dit 'n *dissensus* of kontraksuitleg probleem? Of albei?

As 'n mens sou sê die probleem in *Logan v Beit* is een van *dissensus*, dan verg dit bewys van die bedoelings van die partye en hoe hulle die verklarings oor en weer verstaan het op die oomblik van kontraksluiting. A sal, argumentsonthalwe, sê dat hy X bedoel het met dié uitdrukking, of dat dié uitdrukking vir hom X beteken het en hy daarvolgens sy wilsverklaring gemaak het. B sal die teenoorgestelde beweer. Hierdie is dan 'n *dissensus*-geval wat volgens die *dissensus*-reëls opgelos moet word.

Gestel 'n mens sou aan die einde van die proses ten gunste van A beslis, dan beteken dit dat jy sê dat die kontrak tot stand gekom het met die inhoud soos A dit voorhou. In bepaalde gevalle kan ook bevind word dat geen kontrak tot stand gekom het nie. In beide gevalle is dit die einde van die ondersoek, en geen verdere uitleg is nodig nie.

Maar mens kan ook die ander benadering volg. Mens kan sê goed, die kontrak het tot stand gekom met die term *cum rights* daarin. Ons aanvaar dit so. Maar wat beteken *cum rights*? A sê dit beteken X, B sê Y. Wat hulle dan doen is om vir die hof te vra om die kontrak uit te lê en te sê wat die uitdrukking in die konteks van die kontrakte beteken. Dit gaan nie hier om die subjektiewe bedoelings van die partye by die kontraksluiting of wat hul elkeen op daardie stadium daaronder verstaan het nie. Dit gaan om hul huidige interpretasie van 'n woord of woorde in 'n kontrak. Hierdie is nie 'n *dissensus*-benadering nie, maar een van uitleg. As die hof bevind dat óf A óf B se uitleg die korrekte een is, *cadit quaestio*. Nie een van die partye kan dan omspring en hom op *dissensus* beroep nie – hy het reeds die geldigheid van die kontrak as feit aanvaar en daarbenewens het die hof reeds gesê wat die korrekte betekenis van dié uitdrukking is.

Ek wend my dus eerstens na 'n oorsig van die oplossings van die *dissensus*-probleem in historiese en regsvergelykende konteks, en kom dan terug op die uitleg-probleem.

Die Romeinse reg

Dit word vry algemeen aanvaar dat mens in die praktyk die rol wat *consensus* by die kontraksluiting speel – en of *consensus* die grondslag van kontraktuele gebondenheid is – kan toets deur die effek van dwaling by die kontraksluiting na te gaan. Diósdí¹ betwis egter dat dit 'n geldige metode is. Hy fundeer hierdie mening op die feit dat bykans elke teorie met betrekking tot kontraksluiting aan die hand van die Romeinse *error*-tekste verklaar kan word.² Ek meen dat hierdie siening darem al te pessimisties is. Soos hieronder aangetoon sal word, bestaan daar onder moderne Romaniste 'n groot mate van eensgesindheid oor die werklike gevolgtrekking wat mens uit die *error*-tekste moet maak.

Die literatuur oor dwaling by kontraksluiting in die Romeinse reg is oorweldigend en die wetenskaplike vlak daarvan is indrukwekkend.³ Om die analise van hierdie taak *de novo* aan te pak, sal kortsigtig wees en my voorname is dus om die moderne en algemeen-aanvaarde opvatting van dié onderwerp so bondig moontlik uiteen te sit.

¹ György Diosdi *Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators* Akadémiai Kiadó Budapest 1981 op 142.

² *Contract* 1981 op 144 op: "It was proved by the literature of immense extent that the Roman sources can be used with due cunning to verify any modern theory. As the texts contain hardly any reasons adduced, it is possible to read any theoretical considerations according to choice into the laconic fragments. Is every opinion supported by our sources, then these serve as a proof for none of them."

³ Vgl. Zimmermann *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civil Tradition* Juta Kaapstad 1990 op 559 ev. vir literatuur-oorsig. Ek het ook geraadpleeg Joseph Georg Wolf *Error im römisches Vertragsrecht* 1961; Theo Mayer-Maly *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre* in (1963) vol 1 *Mélanges Philippe Meylan* op 241 ev.; Werner Flume *Irrtum und Rechtsgeschäft im Römischen Recht* in *Festschrift für Fritz Schulz* (1951) vol. 1 op 236 ev.; Sven E. Wunner *Contractus, sein Wortgebrauch und Wesensgehalt in klassischen Römischen Recht* 1954 op 164 ev. Die casuïstiese metodiek van die Romeinse juriste het 'n logiese, konsekwente insig in die *error*-probleem lank in die weg gestaan. Eers moderne juriste kon 'n deurbraak maak. Oor die Romeinse casuïstiek sien Derek van der Merwe *A theoretical-dialectical concept of the common law – Aristotelian influence on the genesis of Roman legal science* in (2002) 81 TSAR 98-107.

Algemeen-aanvaarde siening

Die algemeen-aanvaarde siening soos gehuldig deur vooraanstaande Romaniste byvoorbeeld Zimmermann,¹ Peter Stein,² en J.A.C. Thomas³ is die volgende:

1. 'n Dwaling of wanopvatting wat nie deur die teenparty veroorsaak is nie en wat slegs slaan op die een party se wilsvorming (die sogenaamde motiefdwaling) is in die algemeen irrelevant, maar in bepaalde gevalle is dit wel as relevant geag en is verskillende regsgevolge daaraan geknoop, byvoorbeeld in geval van die aedilisiese aksies by die koopkontrak⁴ of waar dit deur die bedrog van die teenparty veroorsaak is.
2. Sommige gevalle van *dwaling* het egter die effek dat dit konsekwent die totstandkoming van 'n kontrak verhinder (of, soos dit soms gerieflikheidshalwe gestel word, dit bring nietigheid mee). Dit is daardie gevalle waar, weens misverstand of om welke rede ookal, daar nie *consensus* was oor 'n element wat die Romeine as essensieel vir die totstandkoming van 'n kontrak beskou het nie, maar die partye vir korter of langer duur van mening was dat hulle dit wel met mekaar eens is. Hierdie gevalle sny deur al die kontrakvorme en het deurlopend tot gevolg *dat geen kontrak tot stand kom nie*. Die gevalle, wat in die tekste as *error* aangemerkt word, is die oorsaak van dit wat vandag as *dissensus* bekend staan en was die volgende:

¹ *Obligations* 1990 op 583-620.

² *The Character and Influence of the Roman Civil Law - Historical Essays* Hambledon Press London 1988 op 27 ev.

³ *Textbook of Roman Law* North-Holland Publishers Amsterdam 1976 op 228 ev.

⁴ Zimmermann *Obligations* 1990 op 311 ev. vir volledige besonderhede.

- (a) *error in corpore*, waar daar geen eensgesindheid is oor die onderwerp van die ooreenkoms nie;¹
- (b) *error in negotio*, waar die partye verskil oor die aard van die ooreenkoms;²
- (c) *error in persona*, waar die een hom oor die identiteit van die ander een misgis³ en
- (d) *error in pretio*,⁴ waar daar nie eensgesindheid oor die prys is nie.

In al hierdie gevalle het daar geen kontrak tot stand gekom nie. Die tekste gee as rede die gebrek aan consensus aan. Dit word bewys deur die posisie by die verskillende kontraksvorme te ontleed.

Error en dissensus by die konsensuele kontrakte

Hierdie uitgangspunt word, ten minste wat die Justiniaanse tyd en die konsensuele kontrakte betref, onomwonde in D. 18.1.9 pr. 1 gestel.

'n Afrikaanse vertaling van die teks lees soos volg:

(pr.) Dit is duidelik dat by 'n kontrak van koop en verkoop daar wilsooreenstemming moet wees; indien die partye dit nie eens is nie, hetsy oor die koop self, hetsy oor die koopprys, hetsy oor iets ander, is die koop nietig. Indien ek derhalwe gedink het dat ek die Corneliaanse grondstuk koop en jy daarenteen bedoel het om aan my die Semproniaanse grondstuk te verkoop, is daar geen koop nie, omdat ons dit nie eens was oor die voorwerp van die verkoping nie. Dieselfde geld indien ek gemeen het dat ek Stichus koop, en jy het bedoel om

¹ By die koopkontrak sien *Obligations* D. 18.1.1.9 pr.; by die *stipulatio* D. 45.1.82.1 en D. 45.1.137.1; Zimmermann *Obligations* 190 op 589 ev.

² D. 18.1.9 pr.; D. 12.1.18.1; Zimmermann *Obligations* 1990 op 591 ev.

³ D. 12.1.31; Zimmermann *Obligations* 1990 op 592.

⁴ D. 18.1.9; D. 19.2.52; Zimmermann *Obligations* 1990 op 590.

Pamphilus, wat nie ter plaatse aanwesig was nie, te verkoop: (1) want wanneer daar geen wilsooreenstemming ten aansien van die voorwerp van die koop was nie, is dit duidelik dat daar geen verkoping was nie. Maar indien ons dit nie eens is oor die benaming nie, terwyl dit egter vasstaan oor welke voorwerp dit gaan, is dit nie aan twyfel onderhewig nie dat die koop en verkoop geldig is; immers dwaling oor die benaming het geen gevolg nie as dit vasstaan oor welke voorwerp dit gaan.

Error in corpore

Die eerste spesies van *error* wat Ulpianus in D. 18.1.9 pr. hierbo handel, is *error in corpore*. Die partye dink aan verskillende grondstukke of slawe, menende dat hulle dit eens is. Ulpianus sê dat geen koopkontrak, weens die gebrek aan wilsooreenstemming tot stand kom nie.

Ulpianus sê nie vir ons hoe die misgissing of die misverstand in enige van die twee voorbeelde ontstaan het nie. Dit kan die gevolg gewees het van 'n vae, dubbelsinnige beskrywing van 'n grondstuk, sonder dat die naam daarvan genoem is en die partye aan verskillendes dink. Dit kon gewees het dat die verkoper die *Semproniaanse* grondstuk wou verkoop, maar wat hy weens 'n vergissing gedink het die *fundus Cornelianus* te wees. Dit kan ook gewees het dat beide partye praat van die *Semproniaanse* grondstuk, maar die koper het bedoel om die *fundus Cornelianus* te koop, wat hy verkeerdelik gedink het die *fundus Sempronianus* te wees.¹

Vir die Romeinse juriste was die oorsaak van die *error* irrelevant: “*What mattered to Ulpianus was what he described as putare emere and putare vendere: the intentions of the parties. As long as they were not directed at the same thing, a contract could not come into being. This situation is referred to as dissensus.*”²

¹ Zimmermann *Obligations* 1990 op 589-590.

² Zimmermann *Obligations* 1990 op 590.

Error in pretio

Wat van *error in corpore* (wat so pas bespreek is) gesê is, was ook waar van *error in pretio*. Ulpianus het gesê: ... *Si in pretio dissentiant, emptio imperfecta est*.¹ Dit het ook gegeld waar die *error in pretio* by die huurkontrak voorkom.²

Error in negotio

Wat geld vir *error in corpore* en *error in pretio* by die konsensuele kontrakte geld ook vir *error in negotio*, dit wil sê waar die partye dit nie eens is oor die aard van die transaksie wat hulle gesluit het nie. Dit blyk uit D. 18.1.9 pr. ... *sive in ipsa dissentiant*. Dit blyk ook vir die *contractus re* en wel uit D. 12.1.18.1, wat die geval behandel waar die partye dit nie eens is oor die aard van die transaksie waarvolgens die een geld aan die ander oorhandig het. Die een het bedoel dat dit as *depositum* gegee word, die ontvanger meen dat hy dit weens *mutuum* ontvang; of die een meen dit is weens *mutuum* gegee, die ontvanger meen dat hy dit uit hoofde van *commodatum* ontvang. Geen kontrak kom tot stand nie.

Error in persona

Dieselfde beginsel het by die *contractus re* ten aansien van *error in persona* gegeld. D. 19.1.9 pr. skets die geval waar die ontvanger van 'n bedrag geld glo dat hy dit van Titius ontvang, terwyl dit in der waarheid in my opdrag aan hom betaal is. Daar kom geen verbintenis teenoor my tot stand nie, want ... *nullum negotium mecum contraxisti*.

¹ D. 18.1.9 pr.

² D. 19.2.52, behalwe as die verhuurder bedoel het om vir vyf te verhuur, en die huurder gedink het dat hy vir 10 gehuur het. Die kontrak kom vir vyf tot stand – die *dissensus* oor die orige vyf is in hierdie geval irrelevant.

Irrelevante error

Teenoor bogenoemde gevalle waar die *error* tot *dissensus* lei en geen kontrak gevolglik tot stand kom nie, is daardie gevalle waar die *error* as onsaaklik beskou is: *error in nomine*, waar daar *consensus* is oor die voorwerp of die identiteit van die teenparty, maar 'n blote vergissing oor die naam van die voorwerp of teenparty.¹ Dieselfde geld vir dwaling ten aansien van die motief of beweegrede waarom die dwalende die kontrak wou sluit.²

Die identifikasie-leerstuk

Die bogemelde skets fokus op *error* en *dissensus* by die konsensuele en reële kontrakte en weerspieël, soos reeds gesê, die hoofstroom-gedagterigting. Daarvolgens sou dié gesketste posisie reeds in die klassieke reg geheers het. In die sestigerjare van die twintigste eeu, was daar egter 'n denkskool wat wou aantoon dat by daardie gevalle van *dissensus* waar geen kontrak tot stand kom nie, die rede vir nietigheid nie in *dissensus* geleë is nie, maar die feit dat die voorwerp van die prestasieverpligting nie objektief bepaalbaar was nie. Voorstanders van die skool was veral JG Wolf,³ Ugo Ziletti⁴ en Franz Wieacker.⁵ Moderne Romaniste verwerp dié denkrigting omdat

- (a) dit swaar op tekswysiginge wat onoortuigend voorkom, steun;
- (b) dit in stryd is met die erkende *consensus*-uitgangspunt, veral by konsensuele en reële kontrakte;

¹ D. 18.1.9.1.

² Zimmermann *Obligations* 1990 op 597.

³ *Error im Römischen Vertragsrecht* Bohlau Köln 1961.

⁴ *La Dottrina dell' errore nella storia del Diritto Romano* 1961.

⁵ *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung* in (1963) vol. 1 *Melanges Philippe Meylan* op 383 ev.

- (c) die *consensus*-uitgangspunt wat die *error*-tekste onderlê, in lyn is met die ganse ontwikkeling van die kontraksgedagte en die talle tekste waarin op die deurslaggewende rol van *consensus* gewys word;¹ en
- (d) die identifikasie-gedagte op 'n sirkel-argument gebaseer is. Identifikasie van 'n voorwerp kan selde of nooit *objektief* plaasvind nie. Byvoorbeeld as die partye die slaaf Pamphilus verkoop, is dit objektief nie te bepaal welke slaaf hulle gekoop en verkoop het nie, hoe eensgesind hulle ook al was. Mens moet in alle gevalle na die identifikasie deur die partye self gaan. In geval van *dissensus* is die onmoontlikheid van identifikasie van die voorwerp daarin geleë dat die partye aan verskillende voorwerpe gedink het. Onmoontlikheid van identifikasie is maar 'n sekondêre gevolg van die primêre probleem, naamlik *dissensus*.

Dit is dus teleurstellend dat Pauline Fevrier-Breed in haar proefskrif *A Critical Analysis of Mistake in South African Law of Contract*² blykbaar in navolging van Wolf, die *identifikasie*-leer kritikloos navolg.

Error en dissensus by die stipulatio

Dit bring my by die gevolge van *error* by die *stipulatio*, as voorbeeld van 'n formele kontrak en 'n *negotium stricti iuris*.

Die toenemende beklemtoning van *consensus* by die *stipulatio* was een van die mees opvallende kenmerke van die klassieke en na-klassieke reg. Wanneer 'n mens dus na die tekste oor *error* en *dissensus* by die *stipulatio* kyk, is die vraag of dieselfde dan wel 'n ander benadering as by die konsensuele en reële kontrakte gevolg is. Oor hierdie vraag heers daar ook groot meningsverskil onder Romaniste. Sommige meen dat nie-

¹ Zimmermann *Obligations* 1990 op 588 voetnoot 21 verwys in hierdie verband op D. 2.1.15; D. 5.1.2 pr.; D. 39.3.30; C. 1.18.8; C. 1.18.9.

² Universiteit van Pretoria 1991 op 44, 70 ev.

totstandkoming van die *stipulatio* in gevalle van *dissensus* nie 'n konsekwente gevolg was nie; en selfs waar dit die geval was, was dit nie weens gebrek aan *consensus* nie, maar weens onmoontlikheid van identifikasie.¹ Ek behandel die belangrikste gevalle kortliks.

Error in corpore by die stipulatio

Drie tekste behandel *error in corpore* by die *stipulatio*, naamlik D. 45.1.83.1; D. 45.1.137.1 en Just. Inst. 3.19.23.

- (a) In eersgenoemde teks gaan dit oor 'n stipulasie vir die verkoop van die slaaf Stichus. Koper en verkoper dink egter aan verskillende slawe. Dit is dus dieselfde voorbeeld as wat ten opsigte van die koopkontrak in D. 18.1.9 genoem is en wat hierbo bespreek is. Net soos by die koopkontrak, leer D. 45.1.83.1 dat die *stipulatio* nie tot stand kom nie, ... *nam stipulatio ex utriusque valet* ...
- (b) In D. 45.1.137.1 word kort en kragtig weer gesê, in 'n geval van 'n stipulasie oor 'n slaaf, waar ek aan een persoon dink en jy aan 'n ander, dat niks tot stand kom nie² want ... *stipulatio ex utriusque consensu perficitur*.
- (c) In die Institute van Justinianus, 3.19.23, word weer in 'n geval van *dissensus* oor die identiteit van die slaaf waaroor gestipuleer word, gesê dat geen verbintenis tot stand kom nie, asof daar nie op die *stipulatio*-vraag geantwoord is nie – met ander woorde daar was geen instemming nie.

Die kritiek teen hierdie tekste is dat dit nie die klassieke Romeinse reg ten opsigte van die *stipulatio* weerspieël nie en dat die verwysings na *consensus*

¹ Literatuur by Zimmermann *Obligations* 1990 op 599 ev.; Fevrier-Breed *A Critical Analysis* 1991 op 20 ev.

² ... *nihil acti erit*.

na-klassieke interpolasies was. Ek is eerstens nie oortuig dat die gemelde sinsnede interpolasies was nie.¹ Tweedens meen ek dat selfs indien dit latere interpolasies was, die tekste soos geïnterpoleer die klassieke reg weerspieël, weens die rol wat *consensus* reeds toe al by die *stipulatio* gespeel het. Derdens meen ek dat die debat oor wat die posisie by die *stipulatio* in die klassieke Romeinse reg was, hoe interessant ook al, totaal irrelevant is vir die ontwikkeling van die reg deur latere geslagte van juriste, ons eie ingeslote, omdat dit wat gerespieël is, nie die klassieke Romeinse reg was nie, maar die na-klassieke reg, met sy interpolasies en al.

Error in nomine by die stipulatio

Ook by die *stipulatio* was *error in nomine* irrelevant.²

Op die keper beskou, was die posisie met betrekking tot die hierbo bespreekte gevalle van *error*, ten minste in die laat- en na-klassieke tyd, dus by al die verskillende kontraksvorme dieselfde. Dit hoef ons nie te verbaas nie, gesien die toenemende besef van die gemeenskaplike, onderliggende rol van *consensus* by alle kontraksvorme.

Error in materia en in substantia

Dit is ook nodig om kortliks te verwys na die posisie - en probleme - rondom *error in materia* en *error in substantia*.³ Dit skyn asof mens die verskil tussen dié twee begrippe só kan saamvat: *error in materia* was 'n dwaling oor die

¹ Sien byvoorbeeld Mayer-Maly *Bemerkungen* 1963 op 4 vir verwerping van die interpolasie-siening.

² D. 45.1.32 en vgl. D. 12.1.32.

³ Oor die juriste-stryd hieroor Zimmermann *Obligations* 1990 op 592 ev.; Bruce W. Frier *Roman Law and the Wine Trade or The problem of Vinegar sold as Wine* in (1983) 100 ZSS op 268 ev.; R Feenstra *The Dutch Kantharos case and History of Error in Substantia* in (1974) 48 Tulane Law Review 846.

stof waarvan 'n saak vervaardig of saamgestel was en *error in substantia* is 'n dwaling oor die wesenlike eienskappe van 'n saak.¹

By die *contractus re* en die *stipulatio*

By die *contractus re* was sowel *error in materia* as *error in substantia* irrelevant, want, so sê D.13.7.1.2 uitdruklik: ... *quia in corpus consensum est*.² Ook by die *stipulatio* word *error in materia* as irrelevant beskou ...*quoniam in corpore consenserimus*.³

By die konsensuele kontrakte

Die posisie is nie so duidelik by die koopkontrak nie en daar is weersprekende tekste. Die skyn asof die uitgangspunt was dat *error in materia* nie die geldigheid van die koop aantas nie, byvoorbeeld vloeistof wat inderdaad asyn is, word as wyn verkoop;⁴ 'n voorwerp wat inderdaad van koper is, word as goud verkoop;⁵ 'n brons voorwerp wat na silwer lyk, word as 'n silwer voorwerp verkoop;⁶ 'n goue voorwerp van swak gehalte word verkoop, terwyl die koper meen die gehalte is beter;⁷ 'n slavin word verkoop; die koper dink sy is 'n maagd, wat sy nie is nie;⁸ verkoper en koper meen beide dat die

¹ In D.18.1.9.2 waar Ulpianus dit het oor *error in substantia*, gebruik hy die Griekse woord *ousia* om dié begrip te verduidelik. *Ousia* beteken ook maar substansie, essensie.

² Ander tekste in die verband is D. 13.7.16; 13.7.9 *pr.*; 13.7.32; 12.2.38; 13.7.36.1; 4.3.18.3; 13.6.22; 23.6.18.3; C.8.15.6.

³ D. 45.1.23.

⁴ Marcellus in D. 18.1.9.2.

⁵ Marcellus in D. 18.1.9.2.

⁶ Marcellus in D. 18.1.9.2.

⁷ Paulus in D. 18.1.10.

⁸ Ulpianus in D. 18.1.11.1.

koopsaak van goud is, maar dit is van koper;¹ 'n armband wat oënskynlik van goud is, maar later hoofsaaklik van koper blyk te wees, word verkoop.²

Die verklaring vir die geldigheid van die koopkontrakte in bogemelde gevalle is dat daar *consensus* oor die *voorwerp* was.³

Daarenteen was die koop in die volgende gevalle ongeldig: as vloeistof wat van meet af asyn was, as wyn verkoop is;⁴ 'n koper-voorwerp word as een van goud verkoop;⁵ 'n brons voorwerp wat na silwer lyk, word as 'n silwer een verkoop;⁶ 'n manlike slaaf word as 'n vroulike slaaf verkoop;⁷ 'n voorwerp wat suiwer van koper is, word as 'n goue verkoop;⁸ 'n tafel wat nie van soliede silwer is nie, word as soliede silwer tafel verkoop.⁹

Algemene siening

Hoewel die tekste derhalwe weersprekend is, meen ek dat die korrekte afleiding is dat reeds die klassieke juriste die uitgangspunt geneem het dat dwaling oor die eienskappe van 'n koopsaak as reël irrelevant is. Daarmee is 'n harmonie gevind met die ooreenstemmende reël by die *contractus re* en die *stipulatio*. Waar die dwaling oor die eienskappe egter die wese van die koopsaak raak, bring dit nietigheid mee. Oor waar die lyn presies getrek moet word, was die juriste dit nie eens nie. Klaarblyklik was die reg hier nog in 'n groeifase en het daar nóg eensgesindheid, nóg helderheid van insigte

¹ Ulpianus in *D.* 18.1.14.

² Ulpianus in *D.* 18.1.14.

³ Ulpianus in *D.* 18.1.9.1.

⁵ Ulpianus in *D.* 18.1.9.2.

⁶ Ulpianus in *D.* 18.1.9.2.

⁷ Ulpianus in *D.* 18.1.11.1.

⁸ Ulpianus in *D.* 18.1.14.

⁹ *D.* 18.1.41.1.

bestaan. In aansluiting by Zimmermann¹ vind ek geen gronde vir Frier² se siening dat in die laat-klassieke tyd die leerstuk van *error in substantia* in onguns geraak het nie, te meer waar Frier³ self moet toegee dat Ulpianus die leerstuk verbreed en uitgebrei het. Onbehulpzaam is ook Février-Breed⁴ se bespreking. Sy meen dat die tekste *error in corpore* en *error in materia* vereenselwig, terwyl juis die teendeel blyk: *error in materia* is irrelevant juis omdat dit nie 'n *error in corpore* daarstel nie; *error in substantia* is, daarenteen, vernietigend omdat dit aan *error in corpore* gelykgestel word.

Gordley se siening oor *error in substantia*

Gordley⁵ gee 'n interessante verduideliking van die bogemelde tekste en in die proses ook van die vraag: wat is die essensie van die kontrak, en wat is bloot insidenteel? *Error* ten aansien van eersgenoemde staan kontraksluiting in die weg, maar nie oor laasgenoemde nie. Die essensie (*substantia*) begrip gaan terug na Aristoteles, en sy siening van die einddoel van 'n menslike handeling. Thomas van Aquina het dit verder uitgebou:

*"An action is nevertheless involuntary in a much more radical sense if the actor has not understood the essentials of what he is doing. In that event, he has not chosen to perform an action of that kind at all. Moreover, if a promisor understands the essentials of an oath, vow, or promise, he is still bound only under the circumstances that lie within the commitment he intended. The late scholastics drew on all of these views in discussing mistake and fraud."*⁶

¹ *Obligations* 1990 op 596.

² *Roman Law and the Wine Trade in* (1983) 100 ZSS 1983 op 257 ev.

³ 1983 op 284.

⁴ PF Février-Breed *A Critical Analysis* 1991 op 41 ev.

⁵ *The Philosophical Origins* 1991 op 85 ev.

⁶ Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 87.

In die Aristoteliaanse filosofie was *essensie* en *substansie* sinonieme. In die Spaanse skolastiese skool is D. 18.1.9 – wat leer dat daar nie gebondenheid is as daar *error in substantia* voor hande was nie – aangegryp om te verduidelik dat in so 'n geval die kontrak uitbly omdat die essensie van konsensus ontbreek. Beide Molina en Lessius staan op dié standpunt, een wat in wese reeds deur Bartolus en Baldus in die veertiende eeu ingeneem is.¹

Hierdie siening het ook belangrike gevolge op gebied van *dolus* en *causa* sedert die twaalfde eeu teweeggebring. Wal *dolus* betref, was daar meningsverskil onder die laat skolastici of bedrog, selfs oor die *essentialia*, *consensus* uitskakel of nie. By Molina ontstaan die verduideliking van die Romeinse en kanonieke tekste, naamlik dat bedrog selfs oor die *essentialia* nie konsensus uitskakel nie, maar wel aanleiding gee tot 'n aksie weens delik of *injuria*. Dwaling oor die *essentialia* staan wel *consensus* in die weg.² Lessius verduidelik die verklaring ten aansien van bedrog so: daar is tog *consensus* oor die *substantia*, slegs die *causa* wat een van die partye tot kontraksluiting beweeg het, is aangetas.

Daarenteen, *error* oor die hoof-*causa* bring nietigheid mee, aldus Lessius, omdat die partye gedwaal het oor die substansie van die *handeling* self.³

Samevatting

Terwyl daar gekibbel kan word oor die aan- of afwesigheid van interpolasies in die nagelate tekste, staan dit vas dat die Romeinse klassieke juriste by die belangrikste *dissensus*-gevalle - *error in corpore*, *in negotio*, *in pretio*, en *in persona* - nietigheid van die kontrak (*stipulatio*, *re* of *consensu*) as reël aanvaar het. En daar is eenvoudig te veel tekste wat die rede daarvoor aangee as gebrek aan *consensus* om die fundamentele rol van *consensus*

¹ Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 87 met teksverwysings.

² Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 88, 89.

³ Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 89, 90.

weg te redeneer as na-klassieke wysheid of om die nietigheidsrede in onvermoë om die verpligting te identifiseer, te vind.

Wat is die afleidings wat daaruit gemaak kan word? Die klassieke Romeinse *dissensus*-leer – nietigheid – sluit aan by die siening dat in al die kontrakvorme¹ die ooreenkoms uit *consensus* ontstaan. Dit wat die klassieke Romeinse juriste ons oor *consensus* as algemene feitelike grondslag van kontraktuele gebondenheid vertel, is 'n spieëlbeeld van wat hulle sê oor *dissensus*.

Diósdí² meen dan ook dat die verskil tussen die klassieke Romeinse reg en die hedendaagse kontinentale dogmatiese benadering maar net dieselfde is as tussen die kontemporêre Engelse en kontinentale benaderings.³ Daar is dus dieselfde basiese begrip, maar 'n verskil in benaderingswyse en beklemtoning. Ook Zimmermann vind 'n sterk ooreenkoms tussen die klassieke reg en die kontemporêre Engelse reg.⁴ In die na-klassieke reg word die beginsels hierbo genoem, bestendig. Die klem word al hoe meer op die belang van *consensus* geplaas.⁵

Die *Contra Proferentem*-reël

Daar was in die Romeinse reg een uitsondering op die reël dat *dissensus* nietigheid meebring. Dit lê opgesluit in die uitlegreël wat universeel bekend staan as die *contra proferentem*-reël en wat tot die huidige deel is van die

¹ *Contractus litteris* daargelaat omdat dit in die klassieke tyd nie meer 'n kontrak was nie.

² *Contract in Roman Law* 1981 op 147-147.

³ *Contract in Roman Law* 1981 op 147: "The agreement of parties is taken as self-evident both by the classical Roman and by the English law. By the Justinianean and the present-day continental civil law derived from, and standing close to it, however consent is not regarded as natural but as a complicated and important question to be investigated separately."

⁴ *Obligations* 1990 op 563.

⁵ Sien ook JC van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 3e druk Brill Leiden 1984 op 29.

Wes-Europese en Suid-Afrikaanse regstelsels. Ons tref in die Romeinse reg 'n hele aantal tekste aan wat leer dat in geval van onsekerheid oor wat beding is, die ooreenkoms geïnterpreteer moet word teen die *stipulator*, of teen die verkoper, of teen die verhuurder. In geval van die *stipulatio* is daar 'n bekende teks van Celsus, D. 34.5.26 wat verklaar: "*Cumquaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulationem est.*"¹ By die koopkontrak tref ons dieselfde beginsel aan: "*In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.*"² Dit geld ook by die huurkontrak.³

Die rede waarom die stipulator, die verkoper en die verhuurder die nadeel van 'n dubbelsinnige verklaring moet dra, is omdat hulle die kontrakpartye is wat die kontraktermen bepaal het, en hulle die gevolge moet dra van onduidelike terme: *interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisse.*⁴

Die ratio van die reël in die Romeinse reg is dus duidelik een van *verwyf*, naamlik dat die "formuleerder" van die kontrak slordig was.

Die *contra proferentem*-reël is deur die glossatore erken, en wel tot die effek dat dit al die gevalle van *contra stipulatorem*, *venditorem* en *locatorem* dek. Die verwyf teen die slordige "formuleerder" word dus 'n algemene beginsel.⁵

Bartolus gaan nog een stap verder. Die reël geld selfs teen die *koper* as hy spesiale terme beding het. Die reël geld dus teen die kontrakparty wat deur

¹ Vgl. ook Ulpianus in D. 45.1.38.18.

² Sien D. 50.1.17.172; ook D. 18.1.21; D. 2.14.39.

³ D. 2.14.39.

⁴ D. 45.1.99 pr.; D. 18.1.21; D. 2.14.39; Zimmermann *Obligations* 1990 op 639: "As will be remembered, it was the stipulator who formulated the question which, in turn, determined the content of the stipulation. Any ambiguity was therefore attributable to him, for he could just as well have made it clear what he wanted the other party to promise him." Sien ook Heinrich Honsell *Ambiguitas contra proferentem in Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser* 1986 op 75 ev.

⁵ Zimmermann *Obligations* 1990 op 640 verwys in hierdie verband veral na die navorsingswerk van Troje 27 SDHI 1961:115 ev.

die betrokke klousule *bevoordeel* sal word, en dus: die reël geld teen die krediteur: “*In dubio fit interpretatio contra creditorem*.”¹

Van Romeinse reg na middeleeue

Die ontwikkeling van die kontraksbegrip en die toenemende belang van *consensus* is in die literatuur al so dikwels geboekstaaf dat 'n verdere poging in dié verband onnodig is.²

Bydraende faktore tot die opkoms van konsensualisme was die opvatting van die kanonieke reg dat alle beloftes bindend is en dat belofte-breuk 'n sonde is.³

Alhoewel daar 'n interessante dispuut onder geleerdes bestaan oor die vraag of daar voor die twaalfde eeu 'n resepsie van die Romeinse reg deur die Germaanse volke van Wes-Europa was⁴ skyn dit tog dat daar wel 'n mate van resepsie was. Spore daarvan is duidelik waarneembaar in verskeie van die optekeninge, soos in die *lex Salica* en die *lex Ribuarica*, maar ook in die toenemende invloed van die kanonieke reg, wat op die Romeinse reg gebaseer is.⁵ Ook in die notariële praktyk en in die optekening van

¹ Zimmermann *Obligations* 1990 op 640-1 verwys na Bartolus *Commentaria ad D.* 2.14.39, D. 18.1.34 pr. D. 45.1.38.18; Troje 1961:170 ev.

² Robert Feenstra en Margreet Ahsmann *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief* 1980 op 15. Die ontwikkeling weg van 'n geslote kontrakteregstelsel na een waar alle *pacta* afdwingbaar is, word volledig beskryf deur Robert Feenstra 'Die Klagbaarheid der *pacta nuda*' in Robert Feenstra en Reinhard Zimmermann (eds) *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17 und 18. Jahrhundert* (1992) 123 ev.; Zimmermann *Obligations* 1990 op 539 et seq.; Coenraad Visser 'The Principle *Pacta Servanda Sunt* in Roman and Roman – Dutch Law, with specific reference to Contracts in Restraint of Trade' 1984 (101) SALJ 641; Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 686-687 vir 'n kernagtige samevatting.

³ Feenstra en Ahsmann *Contract* 1988 op 15 ev.

⁴ Sien FC van Savigny *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* 2e uitg. Heidelberg 1834-1851 heruitgawe 1961 vol. I, 117 en vol. II, 182-204 Amsterdam 1967.

⁵ DH van Zyl *Geskiedenis* 1979 op 73.

privaattransaksies is dié spore waarneembaar. Verder vind mens dat geleerdes begin om *glosse* en verklarende aantekeninge op Romeinse tekste te skryf en in die regskool te Pavia (tiende eeu) is Romeinse reg naas Germaanse reg bestudeer.¹

Die denke wat in die Oud-Germaanse reg ten aansien van die grondslag van kontraktuele gebondenheid ontwikkel het, het tot die latere ontwikkelingsgang bygedra en wel op 'n indirekte en eienaardige wyse – naamlik deur wanopvattinge wat in latere eeue oor dié stelsel geheers het en denkbeelde gestimuleer het. In die besonder het die idee in die *usus modernus* ontstaan dat in die Oud-Germaanse en Oud-Duitse reg die *Treue* die sluitsteen van alle kontrakte was en derhalwe dat alle vormlose ooreenkomste afdwingbaar was. Dit het in die *usus modernus* 'n regverding vir die afdwingbaarheid van alle afsprake, geword.²

Nanz vra egter die vraag of hierdie siening korrek was en of dit nie weliswaar 'n vrugbare misverstand was nie. Hy³ meen dat in die *oudste* Germaanse reg die kontraktereg streng formeel ingestel was. Konsensuele kontrakte was nie bekend nie en deur blote wilsooreenstemming het geen kontrak tot stand gekom nie. Verskeie formaliteite is as geldigheidsvereistes gestel; daarbenewens moes daar begin word om die afspraak na te kom – daar moes dus lewering wees – voordat 'n teenverpligting ontstaan het.

Die volgende vorme van kontraksluiting was bekend:

(i) Die *fides facta* of troue-eed

In hierdie gevalle is die prestasie-belofte met die eed bevestig en met 'n eksterne handgebaar gesimboliseer, soos die opsteek van vingers of

¹ DH van Zyl *Geskiedenis* 1979 op 80.

² Klaus-Peter Nanz *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriff im 16. bis 18. Jahrhundert* 1983 op 24.

³ Nanz *Die Entstehung* 1983 op 25.

'n handdruk, wat in die antieke tyd 'n eedsimbool was. Hierdie vorm was algemeen bekend en is in verskeie oorkondes, onder andere die *Lex Salica* opgeteken.¹

(ii) Die *wadia*

Dit het uit die oorhandiging van 'n simbool van die wil om gebonde te wees, byvoorbeeld 'n *festuca* of houtstafie bestaan. Hieruit ontwikkel die *arrha* of godspenning. Die oorhandiging van die *wadia* of *arrha* was die verbindende element.

Hierdie kontraksvorm is wyd gebruik en Nanz² meld bronne uit die Duitse volksregte, die Frankiese reg, die *Lex Visigothorum* en die statuut van die Bremense Meesterskoenmakers uit 1300.

(iii) Kontraksluiting voor getuies

Hierdie vorm ontwikkel veral in die sogenoemde *Litkauf*, waar die partye en die getuies saam 'n maal nuttig; later word *Litkauf*-geld aan die getuies betaal. 'n Oorkonde van Keulen uit 1282 beskryf dié seremonie.³

(iv) Uitvoering

Net soos in die Romeinse *contractus re*, kon in die Oud-Germaanse reg 'n kontrak tot stand kom deur ooreenkoms opgevolg deur lewering of prestasie, in die teenwoordigheid van getuies.⁴

¹ Nanz *Die Entstehung* 1983 op 26.

² *Die Entstehung* 1983 op 26-27.

³ Nanz *Die Entstehung* 1983 op 27.

⁴ Nanz *Die Entstehung* 1983 op 28.

In die latere Germaanse reg, soos weerspieël in die *Sachsenspiegel* en die *Schwabenspiegel* word die afdwingbaarheid van afsprake erken, maar aan die gedaagde word die reg verleen om deur die aflegging van die eed en met die eedshelpers die bestaan van die kontrak te ontken. Die gevolg is dus dat dit noodsaaklik word om die kontraksluiting te bewys.

Nanz meen dus dat die erkenning van die geldigheid van alle *pacta* in die latere Germaanse reg ietwat teoreties gebly het, weens die bewysvereistes. Die vorm was egter, anders as in die Oud-Germaanse reg, nie meer 'n konstitutiewe vereiste nie, maar 'n *addisionele* vereiste en die beginsel dat die kontrak deur *consensus* geskep word, word erken.¹

Die grondslag van kontraktuele gebondenheid by die middeleeuers

Gordley² toon oortuigend aan dat die opvatting onder die middeleeuers, dat kontrak op *consensus* berus, nie deur die filosofie van Aristoteles of die kanonieke reg geïnspireer is nie, maar op 'n bewerking van die Romeinse tekste self berus het.

In 'n glos op Just. *Instit.* 3.14 *pr.* verklaar Accursius dat daar twee grondslae (of wortels) vir 'n effektiewe verbintenis is. Die een is natuurlik – dit ontstaan uit toestemming wat deur alle mense, ook slawe, gegee kan word.³ Maar hierdie natuurlike grondslag verleen nog nie die mag om prestasie af te dwing

¹ *Die Entstehung* 1983 op 39: "Diese Stellen (onder andere die *Sachsenspiegel*, die *Schwabenspiegel* en die *Kaiserrechtsbuch*) zeigen, dass das deutsche recht im Hochmittelalter vom Begriff des form – und typenfreien konsensualen Vertrages ausging. Die Verbindlichkeit einfacher Vereinbarungen war als Grundsatz in den Rechtsbüchern, vor allem im Sachsen und Schwabenspiegel, verankert. Freilich musste wegen der Möglichkeit für den Gegner, den Vertragsschluss eidlich abzuleugnen, in der Praxis eine Form gewählt werden, die später den Beweis ermöglichte. Immerhin war die Form, anders als im alten Recht, für den Vertragsschluss nicht mehr konstitutiv, sondern wurde als Akzidens angesehen."

² *Philosophical Origins* 1991 op 41

³ D. 2.14.1.3.

nie – dit verbied slegs iemand wat presteer het, om sy prestasie terug te neem.¹ By die natuurlike grondslag moet ook nog 'n sivileregtelike grondslag gevoeg word wat effektiwiteit of vorm of bekleding aan die natuurlike oorsaak gee sodat dit 'n verbintenis word. Dit is die begin van die sg. vestituur-teorie.

Accursius verklaar wel dat 'n natuurlike verbintenis inderdaad volgens die *ius gentium* afdwingbaar is.² Volgens Gordley³ het Jacobus de Ravanis en Petrus de Bellapertica die onderskeid tussen *ius civile* en *ius gentium* aangegryp om die afdwingbaarheid van die erkende kontrakvorme te verklaar: die substansie van die erkende kontrakvorme is geleë in die intrinsieke vormlikheid wat deur die *ius civile* voorgeskryf is. Maar op die keper beskou is ook hierdie verduideliking baie yl.⁴

Gordley⁵ toon tereg aan dat die middeleeuërs nie verander het aan die Romeinse oplossings van die dwalingsprobleem nie, maar hy is van mening dat Bartolus en Baldus 'n Aristoteliaanse interpretasie aan die Romeinse tekste gegee het. Vir hulle is 'n kontrak nietig as daar 'n *error* was oor die *substantia*, maar dan *substantia* in die Aristoteliaanse sin. So ontstaan 'n onderskeid tussen *error* oor die *essentialia* teenoor blote *error* oor die *accidentalialia*. Bartolus en Baldus het die onderskeid veral aangewend om 'n beginsel te probeer vind vir die sistematiek en *error in substantia* (in die Romeinse sin).⁶

Die Glossatore en Kommentatore ontwikkel die vestituurteorie in verdere besonderhede, waarvolgens 'n onderskeid gemaak word tussen onafdwingbare *pacta nuda* en afdwingbare *pacta vestita* (letterlik: geklede

¹ D. 46.1.17.2

² Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 42.

³ *Philosophical Origins* 1991 op 42.

⁴ Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 43.

⁵ *Philosophical Origins* 1991 op 57.

⁶ Sien Gordley *Philosophical Origins* 1991 op 59-61.

pacta). Dié teorie is 'n redelike nuttelose hersistematisering, sonder enige verandering aan die materiële reg. Vir die kernvraag: as *consensus* die grondslag van gebondenheid by die *pactum* is, waarom is daar nie deurgaans gebondenheid nie? is daar geen algemeen-aanvaarde antwoord nie.¹ Insiggewend is egter dat Azo en Baldus wel 'n gemene deler probeer vind vir die kontrakte wat afdwingbaar is. Azo kry dit in die *pactum*-begrip; Baldus in die *conventio*-gedagte.² Op dié wyse beweeg die sekulêre reg weer nader aan die na-klassieke *consensus*-uitgangspunt.

Die middeleeuse *handelsreg* soek 'n eenvoudige, praktiese kontrakbegrip en vind dit in die gedagte dat die *veritas* en die *aequitas* vereis dat alle ernstig-bedoelde ooreenkomste bindend moet wees. Die *nudum pactum* word dus in die handelsverkeer in die veertiende en vyftiende eeue afdwingbaar.³

Wat ook al die tegniese rol van *consensus* en die afdwingbaarheid van die *nudum pactum* in die reg van die middeleeue, moet 'n meer fundamentele punt beklemtoon word, naamlik dat die middeleeue ook die deurbraak van die individualisme begin sien. Dit oorheers later die filosofiese siening van die aard en rol van die kontrak in die samelewing. Gilissen⁴ verduidelik dat teen die einde van die middeleeue die leer van konsensualisme makliker aanvaar is namate individualisme die plek van die middeleeuse gemeenskapsidee begin inneem. Die *clan*-gemeenskap, die dorpsgemeenskap en selfs die familiegemeenskap verbreek, veral in die stede. Voortaan word elke individu vry en selfstandig geag, los van alle gemeenskapsbande. Elke meerderjarige man en elke meerderjarige ongetroude vrou kon goedere besit en daarvoor beskik.

Elke individu, as regssubjek, het die vryheid gehad om sigself te verbind of dit nie te doen nie. Daarvoor beskik hy of sy 'n welbewuste wil. Die leer van die

¹ Nanz *Die Entstehung* 1985 op 32-40.

² Nanz *Die Entstehung* 1985 op 42 ev.

³ Nanz *Die Entstehung* 1985 op 58; Zimmermann *Obligations* 1990 op 538.

⁴ *Historische Inleiding* 1984 op 686.

wilsoutonomie van kontraktante het in die sestiende eeu uit die Humanisme en die Hervorming, asook by die Spaanse moraalteoloë, ontstaan. In die sewentiende eeu, in die Skool van die Natuuereg word dit die hoofbestanddeel van die verbintenisleer.

Maar: in die middeleeue word geen alles-oorheersende rol aan die individuele wil toegeken nie. Laasgenoemde word slegs geduld binne die perke van die geloof, moraal en algemene welsyn. Die belange van die familiële, religieuse of ekonomiese gemeenskap waartoe die individu behoort, kry voorkeur bo die individu se eie belange. Pas teen die sestiende eeu begin die individualisme oorheers, hoewel sommige, soos Duns Scot (oorlede 1308) en Willem van Occam (oorlede ongeveer 1350) al veel vroeër die idee verdedig het dat die wil die verstand beheers, dat die wil oorsaak van die daad is. In die stryd teen die skolastiek plaas die Humanisme die aksent op die mens as individu, op sy intellektuele vryheid en sy vrye wil.

Uit Gilissen se oorsig is dit duidelik hoe die geskiedenis die weg vir die negentiende eeuse kontrakmodel, waarin die outonome wil alleenheerskappy voer, voorberei het. Interessant is dat Ghestin *Traite de Droit Civil*¹ konstateer dat die invloed van die Christendom sonder twyfel determinerend vir die historiese ontwikkeling van die individualisme was, maar dat dit De Groot en sy volgelinge was wat dié leerstuk tot grondslag van die wilsleer verhef het.

Die Kanonieke Reg

Die eerste werklike deurbraak in die formele reg, dit wil sê buite die gebied van die handelsreg, ten opsigte van die ontwikkeling van die kontrakbegrip sedert die Romeinse reg, tref ons in die kanonieke reg aan. Die hoofverdienste van hierdie stelsel is die prysgawe van die historiese verdeling tussen afdwingbare en onafdwingbare kontraktipes. Vir die eerste keer

¹ 1980 op 19.

formuleer die kanonieke reg in die middeleeue die leerstuk van die afdwingbaarheid van *alle* ooreenkomste en skep daarmee 'n kontrakbegrip wat baie naby aan die huidige kom.

Die historiese verloop van hierdie ontwikkeling is boeiend. Dit begin met die algemene uitgangspunt wat telkemale in die Ou Testament gestel word, naamlik die verpligting tussen mens en mens om ooreenkomste na te kom.¹ Om 'n belofte nie na te kom nie, word as sonde gesien.² Hierdie tema word ook in die Nuwe Testament beklemtoon met die vermaning deur Christus aan sy volgelinge om getrou aan hul woord te wees.³

In die Patristiese tyd, dit wil sê die eerste tydperk van Christelike teologie en filosofie, word getrouheid aan die gegewe woord as 'n algemene morele plig beklemtoon. In die algemeen bly dit egter bloot 'n kerklike, morele verpligting en word die lyn nie deurgetrek na die geldende, alledaagse reg nie.

Die kerkvaders soos Clemens van Aleksandrië, Ambrosius en Chromatius⁴ begin egter vaagweg om uit die genoemde Christelike plig ook 'n regsplig te konstrueer. Veral laasgenoemde is vir die regsontwikkeling van besondere belang.⁵

Afgesien van bogemelde uitsonderingsgevalle, het die kanonieke leerstellinge van die volgende paar eeue nie 'n deurbraak vanaf die teologiese filosofie na die wêreldlike reg gemaak nie. 'n Groot denker soos Thomas van Aquinas was bewus van die dubbeldeling tussen die teologie en die praktiese reg, maar aanvaar eenvoudig die twee teenstrydige uitgangspunte.

¹ Vgl. die geskiedenis van Abraham en Abimeleg, 1 *Moses* 21:22-23; Isak en Abimeleg, 1 *Moses* 26:26-31; Jakob en Laban, 1 *Moses* 31:44-50 en Dawid en Abner 2 *Samuel* 3:12.

² Vgl. *Psalm* 5, 6 ev.; *Psalm* 12, 3 ev.

³ *Mattheus* 5:33 ev.; 37:17.48; *Jakobus* 5:12.

⁴ Besonderhede by Nanz *Die Entstehung* 1985 op 47-49.

⁵ Sien Nanz *Die Entstehung* 1985 op 48 vir verdere besonderhede.

Die transformasie na 'n eenheidsbegrip vind eers plaas in die ontstaan van die wetboek van die Katolieke kerk wat later as die *Corpus Iuris Canonici* saamgevat word. Wat hier gebeur is weer eens interessant. Die amptelike tekste – die *Decretum Gratiani* en die *Liber Extra* – bevat in wese niks nuuts nie en herhaal slegs die kommentaar daarop.¹ Sedert die dertiende eeu begin verskillende kommentatore om uit die morele grondslag van die kanonistiese verbindingskrag van alle beloftes, 'n algemene regsreël vir die wêreldlike regspraktyk te formuleer. Twee gedagterigtings word gevolg om dié resultaat te bereik, een deur Johannes Teutonicus (ongeveer 1210) en een deur Pous Innocentius IV.²

In die veertiende eeu word algemeen aanvaar dat volgens die kanonieke regsoortuiging alle *pacta* afdwingbaar is en dat daar geen plek vir die stelreël: *ex nudo pacto non oritur actio* is nie. Mens vind dit veral by Baldus, wat boonop probeer om die kanonistiese *pactum*-filosofie met die sekulêre *causa*-vereiste te versoen. Hy sê naamlik dat volgens die kanonieke reg 'n aksie uit 'n blote *pactum* voortspruit, omdat dit 'n *causa* het.³ Baldus besef wel dat daar 'n opsigtelike verskil tussen die kanonieke en sekulêre reg bestaan. Hy probeer dit verklaar deur terug te gryp na die vestituurteorie, naamlik die invoer in die kanonieke reg van 'n *vestimentum roboris*.⁴ Dié poging kon egter nie suksesvol wees nie, want dit is strydig met die basiese beginsel van die kanonieke reg dat **alle** *pacta* (sonder enige *vestimenta*) afdwingbaar is.

In die vyftiende eeu word die grondslag vir die algemene kanonieke kontrakbegrip weer gesoek in die ekskommunikasiegebod van Pous Innocentius IV. Die kommentatore uit hierdie denkskool is dit egter eens dat hul argumente slegs teoretiese waarde het. Nietemin, in die praktyk word die

¹ Nanz *Die Entstehung* 1985 op 50 ev.

² Besonderhede by Nanz *Die Entstehung* 1985 op 52 ev.

³ In sy *Commentarius* in C. 3.36.15 nota 3.

⁴ By Nanz *Die Entstehung* 1985 op 55.

leerstuk van die *causa* verder ontwikkel, met die gevolg dat *consensus* mettertyd as geldige *causa* erken is.

Die kanonieke insig dat alle *pacta* bindend is, is die voorloper van die latere sekulêre deurbraak wat aanstons beskryf sal word.

Die invloed van die adel

Dit is veral Feenstra en Ahsmann¹ wat die aandag gevestig het op nog 'n belangrike ontwikkeling op gebied van die kontraktereg in die latere middeleeue, naamlik dat in kontrakte gesluit deur adellikes, byvoorbeeld ooreenkomste tussen leenheer en leenman, die trou, dit wil sê gebondenheid aan die gegewe woord, 'n oorheersende rol gespeel het. Geen formaliteite of eed was nodig om daardie afsprake bindende krag te gee nie. Die kerk, wat alle afsprake as bindend beskou het en trou aan die gegewe woord hoog aangeslaan het, het hierdie tendens ondersteun.

In Italië en Frankryk word hierdie soort ooreenkoms *convenientia* of *convenance* genoem, wat van *conventio* afgelei is. Die reël was dat al hierdie ooreenkomste nagekom moet word.²

Die opvatting dat alle *convenances*, al is hulle vormloos aangegaan, nagekom moet word, het, volgens Feenstra en Ahsmann³ sekerlik bygedra tot die uiteindelijke algemene aanvaarding, in Frankryk en elders sedert die veertiende eeu dat alle *pacta* afdwingbaar is.

Volgens Feenstra en Ahsmann⁴ vind mens die eerste openlike erkenning van die beginsel dat alle *pacta*, hoe ookal gemaak, in die sekulêre reg

¹ Contract – *Aspecten van de begrippen contract en contractsvryheid in historisch perspectief* Kluwer Deventer 1988 op 15 ev.

² Feenstra en Ahsmann *Contract* 1988 op 15.

³ *Contract* 1988 op 15.

⁴ *Contract* 1980 op 16.

afdwingbaar is, reeds in 1386 in 'n koninklike verordening met daardie strekking in Castilië in Spanje. In die Franse reg word dit die eerste keer uitdruklik gestel deur Charles Dumoulin¹ in sy *Nova et analytica explicatio rubr. de verborum obligationibus*.²

Die vroeë Duitse reg

In Duitsland tref mens in die sestiende eeu 'n soort gelyke ontwikkeling aan. Feenstra en Ahsmann³ meen dat die oudste en interessantste teks wat van die deurbraak getuig, dié is van die stadsreg van Freiburg im Breisgau van 1520 wat deur die bekende Romanis, Ulrich Zasius⁴ opgestel is. Dié stadsreg bepaal dat wie weloorwoë iets toesê of belowe (*zuzagt*), dit gestand moet doen, afgesien van die vorm van die toeseegging; dit is immers in ooreenstemming met die menslike fatsoenlikheid dat iemand sy woord moet hou, tensy die toeseegging in 'n oneerbare saak gedoen is.

Van Wesembeke

Wat die Duitse en Nederlandse reg betref, moet ten opsigte van dieselfde ontwikkeling die naam van Mattheus van Wesembeke⁵ 'n ereplek gegee word.

Mattheus van Wesembeke is gebore te Antwerpen in België en het aan die Universiteit van Leuven gestudeer. Op geloofsgronde het hy die Nederlande in 1552 verlaat en hom in Duitsland gevestig, waar hy hoogleraar in die regte, eers in Jena en sedert 1569 in Wittenberg geword het. In 1565 word sy *Paratitla in pandectas iuris civilis* gepubliseer en in 1582 sy *Commentarius in pandectas iuris civilis et codicis iustiniani*. Laasgenoemde werk is sy belangrikste en het verskeie herdrukke beleef. Ook is velerlei kommentare daarop geskryf, onder andere deur Reinardus Bachovius⁶ en Johannes Brunneman.⁷

¹ 1500-1566.

² Leiden 1562.

³ *Contract* 1980 op 1.

⁴ 1461-1535.

⁵ 1531-1586.

⁶ 1575-1640.

⁷ 1608-1672. Sien oor laasgenoemde DH van Zyl *Geskiedenis* 1979 op 240.

Wesembeke was 'n Nederlandse humanis. In sy *Paratitla* volg hy nog die tradisionele Romeinse leer naamlik dat in die siviele reg *pacta nuda* onafdwingbaar is. Die *Commentarii* is 'n veel meer uitgebreide en wetenskaplike werk en daarin gaan hy dieper op die onderhawige kwessie in.

Wesembeke behandel dan voorts die Romeinse kontraktereg, wat volgens hom wemel van subtiliteite wat in die kontemporêre reg nie meer in gebruik is nie. Vir hom gaan dit om die regsworklikheid van die kontemporêre Duitse en Nederlandse reg te vind. Hy vermeld dat 'n *pactum nudum* reeds tot 'n aksie aanleiding gee in die kanonieke en handelsreg, weliswaar as uitsonderings op die algemene reël. Die belang van Wesembeke lê egter daarin dat hy buite hierdie gevalle die afdwingbaarheid van *pacta nuda* as algemene beginsel van die *ius civile* erken.

Wesembeke gee daarbenewens ook sy eie regverdiging vir die afdwingbaarheid van *nuda pacta*. Hy aanvaar dat alle ooreenkomste *naturaliter et ex bono et aequo* verpligtinge oplê. Hy wat 'n belofte verbreek handel teen die natuur en strydig met die optrede van 'n goeie mens. Maar hy pleeg ook 'n doodsonde – vergelyk *Romeine 1:13*. Dit gaan dus by die *nuda pacta* om 'n gewetensaangeleentheid. Dit geld net soseer vir die *ius civile* as vir die kanonieke reg.¹

Die invloed van die moraalteoloë of skolastici

Ek het reeds op die kanonieke regsbevestiging hierbo gewys. Aandag moet nou aan die skool van die *moraalteoloë* of *skolastici* gewy word. Die moraalteoloë het hul veral met die opstel van reëls van sedelike aard besig gehou. Dié reëls was nie bedoel om in 'n wêreldlike hof toegepas te word nie, maar dit gaan daaroor of mens 'n sonde begaan deur 'n bepaalde handeling te pleeg en of absolusie daarvoor verkry kan word.

¹ Sien ook Nanz *Die Entstehung* 1985 op 91.

Thomas van Aquinas

Die klassieke en grootste middeleeuse moraalteoloog was Thomas van Aquinas (+ 1274), wat op sy beurt voortgebou het op die deugde-leer van Aristoteles.

Thomas van Aquinas bespreek in sy *Summa Theologica*¹ nie die kontrakverskynsel pertinent en uitvoerig nie. Mens kan wel die volgende afleidings maak:

Daar word nooit uitdruklik verklaar dat die blote belofte of onderneming regspligte skep nie. Hy is van mening dat ondernemings slegs uit hoofde van die eerlikheidsplig bind mits dit gegee is met die ernstige bedoeling om daaraan gebonde te wees, in welke geval nie-nakoming op ontrou neerkom.²

Sodanige *infidelitas* is ook 'n verbreking van die sosiale deug van waaragtigheid.³

Wat betref geloftes teenoor God, onderskei Aquinas drie stadia – die oorweging of 'n gelofte afgelê sal word (*deliberatio*); die wilsbesluit om dit af te lê (*propositum voluntatis*) en die gelofte self (*promissio*).

Cajetan

Thomas van Aquinas se siening oor die verbindende krag van 'n belofte of afspraak word verder gevoer deur Jacobus de Vio Cajetan,¹ 'n Dominikaanse

¹ St. Thomas Aquinas *The Summa Theologica, literally translated by the Fathers of the English Dominican province* Burns Oates and Washbourne London. Sien in die algemeen ook hieroor Malte Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* Böhlau Verlag Köln 1959 op 10 ev.; Feenstra en Ahsmann *Contract* 1986 op 17 ev.

² *Summa Theologica* 2,2 quaest 110, Art. 3 ad quintum: “Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat.”

³ *Summa Theologica* quaest 80: “Fides per quam fiunt dicta, includitur in veritate, quantum ad observantiam promissorum” – sien ook *Summa Theologica* 2, 2 quaest. 809 unicus in corpore.

geleerde en sedert 1517 kardinaal.² Ook Cajetan begrond die plig om 'n belofte na te kom op die waaragtigheid en *fidelitas*. Dit is egter slegs *juris naturalis* 'n plig, die verbreking waarvan 'n sonde is.³ Wanneer dié verbreking aan 'n ander noemenswaardige skade berokken, is dit 'n doodsonde. Cajetan volg ook die drieledige fases soos deur Thomas van Aquinas uitgebou, maar beklemtoon die element van die bekendmaking na buite van die belofte.

Prierias en Navarrus

Dit is ook nodig om na die opvolgende bydraes van die moraalteoloë Sylvester Prierias (1456-1523)⁴ en Martinus Azpilcueta Navarrus (1493-1586) te kyk.⁵

Prierias beskryf weliswaar die Romanisties-Kanonistiese kontraksisteem van sy tyd getrou, maar beklemtoon dat om bindend te wees, 'n belofte aanvaar moet word deur die teenparty; daarbenewens moet daar vir die belofte 'n *causa* wees asook 'n ernstige wil om gebonde te wees.

Navarrus begrond die verbindende krag van 'n belofte op die agste gebod. Hy meen 'n *nudum pactum* bind volgens die natuurreg, die goddelike reg en die kanonieke reg.

Die Spaanse moraalteoloë

Dit bring my by die skool van die Spaanse moraalteoloë.

¹ 1469-1535.

² Sy hoofwerk is die *Commentarius* op Thomas van Aquinas *Opera Omnia* Tomus 9 Rome MCCCCXCVII.

³ *Ad 2, 2 quaest.* 113 in *corpore*.

⁴ 1456-1523. *Summa Sylvestrina, quae summa summarum merito nuncupatur* Leiden MDXCIII.

⁵ *Opera Ommia* Venesia MDCL.

Hierdie skool is gestig in 1503 deur Pierre Crockaert en beoog 'n terugkeer na die leerstellings van Thomas van Aquinas. Sy leerling, Francisco de Vitoria vestig dié skool in 1526 te Salamanca in Spanje. Belangrike juriste van die skool is Diego de Covarruvias (1548-1617), Louis de Molina (1535-1600) en Leonard Lessius (1554-1623).

Molina se hoofwerk tans ter sprake is *De justitia et de jure*¹ en dié van Lessius *De justitia et de jure*.²

Volgens Diesselhorst³ het beide Molina en Lessius die Romeinse reg, die middeleeuse reg, die natuurreg en die geregtigheidsleer van Thomas van Aquinas verder uitgebou. Daar is 'n sterk ooreenkoms tussen hul bydraes.⁴

Gordley verwys ook na Lessius en Molina.⁵ Beide Molina en Lessius meen die kern van die kontrakidee is in die element van ooreenkoms geleë. Molina steun op die *pactum*-gedagte van D.2.14.1; Lessius op *contractus* en D.50.16.19.

Aan die hand van die *pactum/contractus*-hoofbegrip, verklaar beide outeurs die Romeinse vierledige kontraktesisteem. Beide vereis 'n *vestimentum* om 'n *pactum* regtens afdwingbaar te maak. By gebrek aan 'n *vestimentum* skep 'n *pactum* volgens beide 'n *naturalis obligatio*, dog is volgens hulle bindend *in foro conscientiae etiam sub culpa lethali si id, ad quod tali pacto astringuntur, tanti referat, ut ad culpam sufficiat lethalem*.⁶ Beide outeurs, aldus Diesselhorst, vind die verklaring vir hierdie reël daarin dat vóór die ontstaan

¹ Tomus secundus, *De Contractilius* MDCXIV.

² 2e uitgawe Antwerpen MDCIX.

³ *Die Lehre* 1959 op 5.

⁴ Vir verdere bespreking van hul werke, raadpleeg ook Hans Thieme *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik* in 1953 *Zeitschrift Savigny Stiftung Germ. Abt.* op 230-266.

⁵ *The Philosophical Origins* 1991 op 72 ev.

⁶ Teks en verwysings by Diesselhorst *Die Lehre* 1959 op 7.

van die *ius civile* die *jus naturale ac gentium* alle *pacta*, hoe ook al aangegaan, as bindend beskou het.

Voorts is dit interessant dat beide outeurs argumenteer dat die Romeinse reg nie alle *pacta* regsrag gegee het nie om oorbodig strydvrage te vermy;¹ daarenteen verleen die kanonieke reg verbindende krag aan alle *pacta* omdat daardie stelsel die mens se sieleheil voor oë het en alle beloftes, indien dit 'n *causa* het, as bindend beskou.

Die kernvraag wat Molina, Lessius en De Soto debatteer, is of die blote onuitgesproke belofte bindende krag het. Dat dit so is volgens die kerklike reg, word aanvaar; maar is dit ook so in die sekulêre reg? Aldrie outeurs sien die bindende elemente van die belofte in die wil, bedoeling of opset van die handelende persoon; byvoorbeeld 'n skenkingsbelofte bind omdat die skenker so besluit het. Die logiese afleiding sou wees dat die skenkingswil nie na buite bekend gemaak hoef te word nie. Maar dit betwis De Soto. Molina meen dat *pro conscientiae* ook nie-verklaarde beloftes bind. Lessius laat geen twyfel nie: die verklaring na buite (ek belowe jou iets, ek sal jou iets gee) weerspieël nie alleen die innerlike wil nie, maar *is self die belofte of skenking*. Daarmee word die regsgevolge van die handeling in die lewe geroep.²

Samevatting van die laat-skolastiek

Die essensie van die kontrakteregfilosofie van die laat skolastiek is gebou op die filosofiese lyn van Aristoteles en Thomas van Aquinas. Dit word soos volg deur Gordley beskryf:

"The binding force of contract, and consequently the requirements for contract formation, were explained by Aristotelian virtues of promise-

¹ Diesselhorst *Die Lehre* 1959 op 8.

² Volledige teks by Diesselhorst *Die Lehre* 1959 op 24.

*keeping, liberality, and justice. Contractual consent was explained by an Aristotelian theory of choice in which, in order to act **qua** human being, one had to understand the essence of one's action. The consequences of a contract were thought to follow from its essence, either because they were included in its definition or because they were means to the end in terms of which the contract was defined."*

Die Romeins-Hollandse skrywers

Die volgende stap in die wordingsgeskiedenis van die moderne kontrakteregteorie sou geneem word deur Hugo de Groot en die skrywers van die Romeins-Hollandse reg.

Die Nederlandse samelewing van die sewentiende en agtiende eeue het in die atmosfeer van staatkundige onafhanklikheid en eenheid gedy en adem die gees van 'n opkomende koloniale en handelsmoondheid. Daar was 'n behoefte aan meer soepele regs vorme as wat óf die Romeinse óf die inheemse reg kon bied. Daar was beslis 'n tendens om weg te doen met onnodige formalisme en subtiliteite.

Ook opvallend is die verskyning van 'n hele aantal handboeke in die moderne styl. Die kasuïstiese *Digesta*-styl word nog by enkeles – byvoorbeeld Johannes Voet – aangetref, maar die algemene benaderingswyse is om die leser en student 'n wetenskaplike uiteensetting van die basiese regs beginsels van die verskillende vakgebiede aan te bied. In hierdie opsig staan die sestiende, sewentiende en agtiende Romeins-Hollandse reg nader aan Gaius en Justinianus se *Institutiones*-metode.

Die grondslag van kontraktuele gebondenheid

Soos reeds blyk uit die voorgaande, is die kernvrae sedert die klassieke Romeinse reg of *consensus* dan wel *vorm* die feitelike grondslag van kontraktuele gebondenheid is. Is alle geoorloofde *pacta* in die burgerlike reg afdwingbaar? Berus alle kontrakte op konsensus?

Hugo de Groot

Hugo de Groot (1583-1645) was 'n sleutelfiguur in die ontwikkeling van die kontrakteleer. Soos Feenstra en Ahsmann¹ aantoon, het hy die opvattinge van die middeleeuërs en die moraal-teoloë in 'n meer juridiese sisteem verwerk, sodat dit in die latere regswetenskap makliker ingang kon vind.

De Groot staan veral daarvoor bekend dat hy 'n brug tussen die natuurreg en die positiewe reg gebou het. Hy betwis dat die natuurreg uit die goddelike wil ontstaan. Volgens hom kom die natuurreg uit die mens se ingebore natuur en word deur die mens se samesyn in 'n gemeenskap geaktiveer. Stilswyend kom die lede van die gemeenskap ooreen oor basiese norme. De Groot was dus inderdaad die vader van die *contrat social*-gedagte. Vir hom is daar 'n groot ooreenkoms tussen natuurreg en positiewe reg. Omdat dit 'n reël van die natuurreg is dat ooreenkomste nagekom moet word, beteken dit ook dat burgerlike regte uit hierdie bron voortvloei.² De Groot is ook die vader van die idee van die outonomie van die mens, wat hy na stoïsyns-christelike grondslae terugvoer. Dié uitgangspunt het 'n dubbele gevolg: enersyds dat die sosiaal-tipesiese kontrakshandelinge van die mens natuurregtelik slegs sover erken word as wat dit op 'n outonome, self-verbindende handeling van die mens berus; andersyds dat elke sodanige handeling in staat is om 'n verbintenissin in juridiese sin te laat ontstaan, sonder inagneming van die sosiale betekenis daarvan.³

De Groot behandel die kwessie van kontraktuele gebondenheid in beide sy hoofwerke, die *De jure belli ac pacis* van 1625, wat meer op die volkereg en natuurreg ingestel is, en die *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* van 1631 wat op die geldende Nederlandse reg gebaseer is.

¹ Contract 1988 op 17.

² *De jure belli ac pacis*, proleg, 15; sien ook DH van Zyl *Geskiedenis* 193.

³ Diesselhorst *Die Lehre* 1959 op 34.

Ongelukkig is dit so dat dit nie heeltemal duidelik is wat De Groot se standpunt oor die kwessie van kontraktuele gebondenheid is nie. Ook skyn dit asof sy opvattinge in die twee werke verskil. Die gevolg is dat selfs moderne skrywers verskil oor wat hy presies sê.¹

In *De Jure belli ac pacis* behandel De Groot die kwessie van die *promissio* in Boek II, Hoofstuk XI. Dit is juis die woord *promissio* wat die probleem en misverstande skep. Mens kan *promissio* vertaal met *toezegging*,² of met *belofte (promise)*.³

Die volgende afleiding skyn myns insiens egter geregverdig te wees.

1. De Groot onderskei duidelik tussen die blote belofte om te presteer, gemaak sonder die bedoeling om deur aanname 'n juridiese verbintenis te skep en 'n belofte gemaak met daardie bedoeling. Slegs die tweede soort ('n *perfecta promissio*) kan tot 'n *inschuld* en verbintenis aanleiding gee.
2. Voordat die genoemde verbintenis tot stand kom, moet daar óf 'n werklike óf wetlik gefingeerde aanname wees.
3. Die verbintenis het dus eintlik twee grondslae: van die kant van die belower, die *wil* om 'n verbintenis te skep en 'n *verklaring* van die wil; van die aannemende party se kant die *wil* om dieselfde verbintenis tot stand te bring en die *aanname* van die belofte.
4. De Groot ontleed die kwessie van totstandkoming van 'n kontrak dus in veel helderder detail as enige van sy voorgangers; veral die elemente

¹ Vergelyk bv. Nanz *Die Entstehung* 1985 op 140 ev. teenoor Diesselhorst *Die Lehre* 1959 op 34 ev. en Feenstra en Ahsmann *Contract* 1988 op 18 ev.

² Soos wat Feenstra en Ahsmann *Contract* 1988 op 45 doen.

³ Soos wat William Whewell, *Grotius on the Rights of War and Peace* Cambridge Univ. Press Cambridge 1853 op 146 doen.

van die *verbindende krag van die wil* en die vereiste van *aanname* word deur hom beklemtoon.

5. Wat De Groot inderdaad doen is om 'n *moderne* beeld te skep van die element van *consensus*.
6. Miskien die belangrikste skepping van De Groot is dat hy 'n basis lê vir die beskerming van die *vertroue* van die teenparty by gevalle van *dissensus*: as die verklaarder *nalatig* was, is hy gebonde. Ek kom later hierop terug.
7. Ek betwis dus die opvatting, onder andere deur Nanz¹ gehuldig, dat De Groot nie 'n kontrakteleer nie, maar 'n belofteleer aanhang, in die sin dat 'n verbintenis bloot uit 'n eensydig, onaanvaarde belofte ontstaan. So 'n leerstuk is wel waar vir die natuurreg, maar selfs daar skep dit geen *reg* vir die teenparty en geen verbintenis nie. Wat die burgerlike reg betref, kan niks duideliker wees nie as dat De Groot vir 'n geldige verbintenis tweesydige samewerking vereis, met ander woorde ook 'n aanname van die belofte; dus: *consensus*. Die kommentatore op die *Inleiding* van De Groot, soos byvoorbeeld DG van der Keessel² verstaan dan ook die twee genoemde bronne in dié sin.³

Vinnius

Om die gees van die Romeins-Hollandse kontrakteteorie nog beter te verstaan, ag ek dit nuttig om te verwys na die helder uiteensetting van Vinnius, in sy *De Pactis*. In Hoofstuk VI paragraaf 1 behandel hy die Romeinse beginsel van *ex nudo pacto non oritur actio* en bespreek die tekste

¹ *Die Entstehung* 1985 op 145.

² *Praelectiones juris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam* ad. Lib. III.

³ Vgl. die vertaling van dié bron deur P van Warmelo en andere AA Balkema Kaapstad 1956 Boek IV op 3 ev.

wat die reël verkondig op skerpsinnige wyse. In paragraaf 3 kom hy by die kern van die vraag: waarom het genoemde reël in die Romeinse reg gegeld?

Vinnius verklaar dat hoewel dit volgens algemeen-menslike reg so is dat alle eerbare afspraak nagekom moet word, die Romeinse *jus civile* nie alle onwilliges voor die voet gedwing het om hul afspraak na te kom nie, maar het daardie regstelsel uit *nuttigheidsoorwegings* dwingende krag van sekere afspraak ontnem. As uit enige afspraak 'n aksie teen 'n onwillige verleen sou word, sou 'n té groot menigte gedinge ontstaan. Ook voer Vinnius aan dat die Romeinse regsvormers, om die nastrewing van die deug aan te wakker, dit as meer eerbaar en meer bewonderenswaardig geag het om sekere dinge oor te laat aan die onderlinge vrywillige trou en ordentlikheid van mense as om alles af te dwing deur wetsbande en die dwang van verbintenisse. Want, sê hy, in noodwendigheid is daar geen plek vir deug nie. Deug berus eerder op die vrye wil en goeie trou. Hiervoor beroep Vinnius hom op Aristoteles, Augustinus, Cicero en Seneca. Hy eindig dié deel van die bespreking af met die opmerking dat dit inderdaad tevergeefs is om die burgerlike reg tot blote voorskrifte van die algemeen-menslike reg te wil herlei.

Vinnius se verklaring vir die *ex nudo pacta*-reël van die Romeinse reg is nie gebaseer op Romeinse tekste nie en moet as 'n eie, oorspronklike bydrae beskou word. Dit lei 'n filosofiese visie in wat ek nie vóór hom aangetref het nie en, soos later sal blyk, is dit deel van die moderne debat rondom die rol van *consensus* in die kontrakreg.

In Hoofstuk VII gaan Vinnius voort met die stelling dat die natuurreg (die algemeen-menslike reg) blote afspraak as bindend beskou. Hy wys daarop dat selfs volgens die Romeinse reg 'n blote afspraak tot 'n natuurlike verbintenis aanleiding gegee het. Hy beroep hom op D.2.14.1, 13.5.1, 44.7.19, 46.1.7 en 50.17.84.1.

In paragrawe 4 en 5 vermeld Vinnius dat die gemeenskaplike mening van die kanoniste was dat ook volgens die kanonieke reg enige ooreenkoms bind.

Ten slotte¹ verklaar Vinnius onomwonde dat die kanonieke reg in sy tyd in die Nederlandse burgerlike reg gevolg word. Op grond van 'n blote en eenvoudige ooreenkoms word 'n aksie verleen en word aan 'n blote ooreenkoms dieselfde regsrag as aan 'n *stipulatio* gegee.

Dit geld darem slegs as die ooreenkoms ernstig, oorwoë en *gevestig* is, en nie onbedag, onbesonne en alleen uit hoflikheid afgelê nie. Dit, sê Vinnius, is immers in ooreenstemming met die redelikheid en getrouheid aan dit wat onderneem is.

Eensgesindheid van die Romeins-Hollandse skrywers

Die uitgangspunt, dat in die Romeins-Hollandse reg kontrakte hul feitelike bindingsrag uit blote *consensus* put, word origens by vele ander skrywers aangetref,² onder andere by Christinaeus (1553-1631);³ Petrus Gudelinus (1550-1619);⁴ Franciscus Zypaeus (1560-1650);⁵ Zoesius (1571-1627);⁶ Jacob Coren;⁷ Hugo de Groot;⁸ Simon van Groenewegen (1613-1652);⁹

¹ Paragraaf 6.

² Sien Adriaan van Aller *Notarius Publicus ofte inleydinghe tot een openbaren beampschrijver* 1671 op 328 notas 60-65; *Holl. Cons.* 2 C. 197 p. 386; *Utr Cons.* 3 C. 57 p. 243 N. 7; Joost Schomaker *Selecta Consilia et responsa juris, dat is uitgelezene consultatien en advysen* 1738-82, 4, C. 27 nn. 40, 43; Isaac van den Berg *Nederlands Advysboek* 1693 1 C. 199 p. 305 (p. 311 van die 1707 uitgawe).

³ *Practicarum quaestionum rerum in supremis Belgicarum* (1626) (ook bekend as *Decisiones Belgicae*) vol. 2 *decis* 91 no. 1 en *decis* 92.

⁴ *Commentariorum De Jure Novisso* (1620) lib. 3 cap. 5 vers. *porro videamus*.

⁵ *Notitia Juris Belgici* (1635) lib. 8 *de Contrac. Stipulat.*

⁶ *Commentarius seu praelectiones ad Digestorum ad D.2-14 de pactis*. par. 59.

⁷ *Observationes* (1633) 13 no. 8 ev.

⁸ *De Jure Belli ac Pacis* III-II-XI en *Inleidinge* 111-1-52.

⁹ *Tractatus de legibus Abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (1649) *ad Inst.* 3-20-19; *ad Dig* 50-12-7; *ad Cod. de pactis* 1.10 en *ad codex de rer. fermut.* 1.3.

Arnoldus Vinnius (1588-1657);¹ U Huber (1636-1694);² Paulus Voet (1619-1667);³ en Simon van Leeuwen (1626-1682).⁴

Die Nederlandse skrywers leer ook deur die bank dat die ontstaansbron van 'n kontrak die wilsooreenstemming tussen die partye is. In hierdie verband kan in die besonder genoem word Andreas Gaill (1526-1587),⁵ Simon van Leeuwen (1626-1682),⁶ Ulrich Huber (1636-1694),⁷ Antonius Matthaeus⁸ en Johannes Voet (1647-1713).⁹ In die Aanhangel tot Kersteman se *Hollandsch rechtsgeleerd Woordenboek* (1768-1773)¹⁰ word 'n contract omskryf as *De eendragt des Willes van twee of meer Luiden, tot eens of beider nut*.

Samevatting oor die rol van *consensus* by die Romeins-Hollandse skrywers

Uit die voorafgaande kan afgelei word dat *consensus* duidelik by die Nederlandse skrywers as dié konstituerende faktor van kontraktuele gebondenheid erken is.¹¹

¹ *Tractatus quinque academica – forenses de pactis de jurisdictione de collationibus de transactionibus de quaestionibus juris selectis* (1664) hoofstuk 6 en hoofstuk 7 par. 1.

² *Praelectiones juris civilis* (1687) Bk. III deel 2 ad lib II tit 14 de pactis.

³ *Commentarius in quatuor libros Institutionum imperialium* (1668) ad Inst. 3.14 en 5.

⁴ *Censura Forensis* 4.2.2.

⁵ *Observatien van die Keyserlyke Kamer Rotterdam 1656* (vertaal in Nederlands deur Johannes Vaeranus).

⁶ *Het Roomsche-Hollandsche Recht* (1664) BK iv – Hfs. 1-par. 1 ev.

⁷ *Hedendaegse Rechts-Geleertheit* (1686) BK 3 Hfs. 1.

⁸ *Disputationes de Obligationibus* Disp. 1 par. 4; Disp. V par. 1 & par. 3; Disp. VII par. 1. (Check).

⁹ *Comm. ad Pand.* 18.1.3; Sien ook sy *Beginselen des Rechts* 3.14.13 & 14.

¹⁰ *Aanhangel* (1773) op 769 kolom 1. Sien oor dié werk DH van Zyl *Geskiedenis* 1979 op 441.

¹¹ Sien ook Karel van Aller, *Generaale Regulen en Definities van Beschreeve Romeynsche Rechten*, 1729 Deel IX: "Wat is een Contract? Het is een overeenkoming van twee ofte meer Persoonen in een ende 't zelve Subject. Het

Dissensus in die Romeins-Hollandse reg

In ooreenstemming met hul uitgangspunt dat *consensus* die feitelike grondslag van kontraktuele gebondenheid is, leer die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg ook dat *dissensus* die totstandkoming van 'n kontrak verhinder. Johannes Voet,¹ Hugo de Groot² en Simon van Leeuwen³ stel dié beginsel onomwonde. Ook Van der Keessel bevestig dié algemene beginsel.⁴

Dié beginsel word toegepas waar gedwaal word oor die *aard* van die kontrak,⁵ die objek wat gelewer moet word⁶ en die *prys* van die saak.⁷ Ook 'n dwaling oor die *identiteit* van die persoon met wie onderhandel word verhinder die

werd genaamt een overeenkoming, want zoo wanneer een werkelijk misverstand aan d'een ofte d'ander zyde is nopende de goederen ofte 't Subject van 't Contract ende 't zelve pertinentelyk kan beweesen werden soo is het Contract niet bestendig ..."; Van den Berg *Nederlands Advys-Boek* Cons. CXLII; Claude Joseph de Ferriere, *De Volmaakte Wetenschap der Notarissen* (Nederlandse vertaling) 1770 Bk 2 Hoofstuk 1; Lybrechts *Burgerlyk Rechtsgeleerd Notariaal en Koopmans Hand Boek* Amsterdam 1761 Hoofstuk 2 no. 9 ev.; Nassau La Leck *Algemeen Beredeneerd Register* 1778 s.v. *Erreur*; Van der Keessel *Praelectiones ad Grotius* 3.48.3.

¹ *Comment ad pand.* 18.1.5.

² *Inl.* 3.14.4.

³ *RHR* 116 en 515.

⁴ *Praelectiones ad Grotius* 3.14.4. Sien ook Van den Berg *Nederlands Advysboek* 1693 I. C. 1991 p. 305 (op p. 311 van die 1707 uitgawe); J Schrassert *Consultation, advyzen, ende advertissemante* 1740-1754, 3, C. 107 p 692 N. 8; Hol. Cons. 2 C. 200 p. 391; C. 156, 321, 5 C. 31 p. 114 in init; 2, c. 215 p. 437; 2 deel 3, C. 90, 276 N. 14 (oor die huwelik); Utr. Cons. 2, C. 55, N. 9; Coren *Observ.* 19; C. Aller *Beamptsch.* p. 328, NN. 60-65, W. Schorer *Aanteekeningen over de inleydinghe tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*; Strubbels *Overijss Adv. Boek* 2 p. 155.

⁵ Sien Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.14.2 115 par. (a); Huber *Heedendaagse Rechtsgeleertheyt* 3.21.59.

⁶ Voet. 18.1.5; Huber 3.21.59; Van der Linden 1.14.11; Kersteman 1773. *Aanhangsel* 773 kolom 2; Coren *Observ.* 19; S van Leeuwen *Cens. For.* 1.15.19.19; Holl. Cons. 1.14.19.19; Holl. Cons. 1.263; 1.207 en 2.313; Neostadius, *Cur. Holl. Decis.* 18.

⁷ Voet. 18.1.5; Huber 3.21.58; Kersteman 773 kolom 2.

totstandkoming van 'n kontrak – en dit skynbaar afgesien daarvan of dit vir die dwalende van belang was dat hy juis met 'n bepaalde persoon onderhandel.¹

Sterk gesag vir die standpunt dat *consensus sine qua non* was van kontraktuele gebondenheid en dat *dissensus* die totstandkoming van 'n kontrak verhinder, is te vinde in sommige van die stadskeure. 'n *Stadskeur van Groningen* uit 1701 bepaal as volg:

*“Zoo lange de contrahenten in alle deelen niet van een verstand zijn, maar in de eene of andere condition van malkander discrepeeren, of van verschijden meeningen zijn, sal de handeling van onwaarden zijn.”*²

En 'n ander keur

*“Als koper ende verkoper door onderlinge Verhandelungen van de waer ende den prijs die daar voor gegeven sal werden over – een – gekomen zijn soo werdt de Koop regulariter voor perfect gehouden ende soo lange de Contrahenten daer in niet eens zijn is het Contract van geender waarden en niet obligatoor.”*³

Beperkings op die Romeins-Hollandse nietigheidsleer: die vertrouensleer

Tog word die *consensus*-uitgangspunt nie klakkeloos deur die Nederlanders voorgestaan nie, maar word die vertroue van die teenparty ook in ag geneem.

Error juris

¹ Van der Linden 1.14.11.116; Huber 3.21.60.

² *Corpus Groningen* 1,6 r 38 op 44.

³ *Land Recht der Beyden Older-Ambten* 8. Lxxx.

Die Romeinse *error juris*-leerstuk is oorgeneem deur die glossatore.¹ Nie alle opvolgende juriste het hierdie reël onderskryf nie. In die Romeins-Hollandse reg aanvaar Voet² en Schorer³ wel dié reël, maar Vinnius nie.⁴ De Vos⁵ meen dat die meerderheid van Romeins-Hollandse skrywers dieselfde standpunt as Vinnius gehandhaaf het, onder andere De Groot,⁶ Van Leeuwen,⁷ Van der Keessel⁸ en Van der Linden.⁹

Volgens Zimmermann het die reël dat *error juris* nie in ag geneem word nie (omdat dit veronderstel was om op die dwalende se nalatigheid te berus) tot in die agtiende eeu groot aanhang geniet.¹⁰

Die vraag is egter of die reël *error juris nocet* ooit buite die veld van die *condictio indebiti* uitgebrei is. Dit is naamlik so dat al die Romeinse tekste oor dié reël te vinde is in D.22, wat met gemelde *condictio* handel. Dit is ook in daardie konteks dat die latere skrywers daarmee handel. Dit lyk in elk geval nie of dit sodanige erkenning in Nederland gekry het nie.

¹ Vgl. Zimmermann *Obligations* 1990 op 608.

² 12.6.7.

³ Schorer op De Groot 3.30.6 aantekening 475.

⁴ *Selectae Quaestiones* 1.47.

⁵ *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* 3e uitgawe Juta Kaapstad 1987 op 66 ev.

⁶ *Inl.* 3.30.6.

⁷ *Censura Forensis* 1.4.14.3.

⁸ *Th.* 796.

⁹ 1.15.15.

¹⁰ Zimmermann *Obligations* 1990 op 608: "To 18th-century enlightened authoritarianism, on the other hand, 'error juris nocet' was bound to appeal. Condonation of ignorantia iuris militated against the educational and philosophical ideals of the time; and, in fact, the very idea of a codification, of a comprehensive and systematic reorganization of law (and society!) along the lines of natural reason, that became a hallmark of the age, aimed at making the law accessible, at instructing all subjects (and thus, indirectly, promoting their welfare) and at informing them about their rights, their duties and their position within society."

Die *contra proferentem*-reël

Die *contra proferentem*-reël is in die Romeins-Hollandse uit die Romeinse reg oorgeneem. De Groot¹ verklaar in verband met die koopkontrak: *Dan twijfelachtighe bedinghen werden eer geduid jehens den verkooper dan jehens den koper*. Van der Keessel² verduidelik en kwalifiseer De Groot se stelling: die interpretasie is gewoonlik teen die verkoper, omdat die verkoper gewoonlik die kontrak opstel en dus versigtiger te werk moes gegaan het. Omdat dit die basis van die reël is, spreek dit vir Van der Keessel vanself dat die omgekeerde ook geld as die koper die kontrak geformuleer het.

Ons ou skrywers erken dan ook deur die bank dat die grondslag van die *contra proferentem*-reël die *skuld* van die verklaarder is;³ weens sy *culpa* word die verklaarder aan 'n kontrak, soos die teenparty dit verstaan het, gebonde gehou. Dat die kontrakopwerper se vertroue deur dié reël beskerm word, en dat dit die *ratio* van die reël is, is voor die hand liggend, al was dit nie bewustelik so begrond nie.

Die vertrouensleer van Hugo de Groot, Cos, Brouwer en die Hollandse howe

In die Romeins-Hollandse reg vind ons vir die eerste keer in die regsgeskiedenis 'n deurbraak van nuwe insigte op gebied van die *dissensus*-probleem. Hollandse skrywers en howe neem vir die eerste keer die vertroue van die teenparty *bewustelik* in ag om die belange van die dwalende partye billik te bereg. Weens sy skuld word die skuldige verklaarder óf aanspreeklik gehou om die *onskuldige* (die vertrouende) se skade te vergoed, óf aan sy verklaring gebonde gehou sodat hy verplig is om die teenparty se vertroue gestand te doen.

¹ *Inl.* 3.15.9.

² *Praelectiones ad Grotius* 3.15.9.

³ Sien Van der Keessel *ad Grotius* 3.15.9; De Groot *De Juri Belli ac Pacis* 3.20.26; Schorer aantekeninge op De Groot 3.15.9 nota 379; Voet 17.1.27. Vgl. ook Brunneman *ad Pand* 2.14.39; Averanius *Interp Juris* 4.12.31.

Dit is een van die groot verdienstes van Hugo de Groot dat hy die eerste juris was om in te sien dat die *vertrouensbeginsel* 'n aanvullende rol kan speel by die *consensus*-beginsel. In *De Jure Belli ac Pacis*¹ bespreek De Groot die invloed van dwaling op ooreenkomste. Uitgaande van die standpunt dat dwaling *consensus* uitsluit en die totstandkoming van 'n kontrak verhinder, formuleer De Groot die volgende kwalifikasie:

“Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato ...”

De Groot hou dus konsekwent by die standpunt dat weens *dissensus* daar geen *obligatio ex contractu* kan wees nie, maar hy konstrueer 'n *obligatio ex delicto* indien een party *culpa* gehad het deur nie 'n aangeleentheid belangrik te ondersoek nie of om hom nie korrek uit te druk nie. Die skuldige is hiervolgens verplig om die ander se skade te vergoed. Deur hierdie oplossing laat De Groot aan sowel die *consensus*-vereiste by kontraksluiting as die beginsel van vertrouensbeskerming reg geskied. Hy doen dit dan ook op basis van deliktuele aanspreeklikheid. Reeds in sy *Inleidinge*² het De Groot hom losgemaak van die eng Romeinse deliksaksies en formuleer hy 'n wye aanspreeklikheidsbegrip by onregmatige en skuldige handeling:

“Tot weder-evening dan zijn gehouden alle die iemand door misdaed hebben verkort, oock die de daed niet en hebben gedaen, maer die de daed ofte't gevolg van dien, voor soo veel iemand daer by is verkort, eenigzins veroorzaken door doen ofte laten.”

Juis omdat De Groot deurgedring het tot die algemene beginsels van deliktuele aanspreeklikheid, kon hy uit die noue kasuïstiek van die

¹ 2.11.6.3.

² 3.32.12.

Romanistiese tradisie van bepaalde eng-omskrewe deliksaksie ontsnap en deliktuele aanspreeklikheid koppel aan alle handelinge wat aan sekere algemene vereistes voldoen. Dit stel hom in staat om deliktuele aanspreeklikheid op 'n nuwe terrein te konstrueer, naamlik waar een party deur sy skuld 'n valse skyn van *consensus* verwek het en daardeur die ander skade berokken het.

Eenaardig genoeg het die beginsel, deur De Groot geformuleer, dat die skuldige by *dissensus ex delicto* tot *skadevergoeding* aanspreeklik is, nie in die Romeins-Hollandse reg inslag gevind nie. Heeltemal onafhanklik van De Groot kom ander juriste in die Romeins-Hollandse reg ook tot die insig dat die skuldelement aangewend moet word om die teenparty se vertroue te beskerm. *Anders as De Groot gebruik hierdie juriste die skuldelement egter nie om 'n obligatio ex delicto te fundeer nie, maar om, in weerwil van die dissensus 'n obligatio ex contractu daar te stel.*

Cos: *obligatio ex contractu*

Cos¹ (einde sewentiende eeu) vereis dat troubeloftes vry, ongedwonge, sonder bedrog, vreesloos en *vooral* sonder *dwaalingen* moet wees. Cos het dit in die betrokke gedeelte oor *error in persona*.² Hy gee die voorbeeld van

¹ Verhandeling over het Huwelyk par. 65: "Dwaalinge is dit geval, wanneer iemand zich aan een Perzoon verbindt, die hy meent een ander te zyn, en deeze geschiedt omtrent den Perzoon zelve, of omtrent des zelve hoedanighede; want dwaalinge in de naam, hindert de beloften niet, indien maar de Perzoon de rechte is, die gemeend was . . ."

² Verhandeling par. 66: "Edog, om dat de billykheid dikwels meer vermag, als het stricte Recht, en dat Sempronia haar mogenlyk in geeneen deelen zoude hebben laeten beslaepen, indien zy niet verzekerd waare dat haare verlooren eere, door het Huwelyk haar weder zoude gegeeuen worden; is het ook niet buiten reeden, dat Sempronia, zonder enige list of quaad vermoeden, maar met een zuiver gemoed, meenende dat de Jongman haar Persoon gesoliciteerd, en zich wetende aan haar verbonden hadde, dat deeze dwalinge aan een zyde gesteld zynde, de belovte voorgang heeft. Ja, is het wel begrypelyk, dat iemand by een ander zal verkeeren, haar ten Huwelyk Solliciteeren, zich aan de zelve met Solemneele belovten zal verbinden, haar beslaepen; en dat men met eerst onderstaan en welverzekerd zyn zeude, of, en dat men by die rechte was? 't Is waar, dat my niet spreken van de Quaestio Facti; maar van de Quaestio Juris, net of hy 't geweeten heeft, waar

dissensus in persona: gestel iemand meen hy verloof hom aan Sempronia, maar inderdaad onderhandel hy met Cornelia, dan is die belofte nietig, *by gebrek aan bewilliging*; want aan Sempronia heeft hy zich niet verbonden, en aan Cornelia heeft hy zich niet willen verbinden ... al het hy Sempronia beslaap. Hy lê egter die belangrike beginsel neer dat hoewel na regtens die verlowing nietig is, die jongman wees sy nalatigheid billikheidshalwe gebonde is om hom aan die verlowing te hou.

Brouwer: *obligatio ex contractu*

Hendrik Brouwer (1625 – 1683)¹ vra ook die vraag: wat moet besluit word as Titus hom verloof aan en geslagsgemeenskap het met Cornelia, terwyl hy dink dat dit Sempronia is? Brouwer onderskei twee gevalle: Eerstens, as Cornelia geweet het dat sy vir Sempronia aangesien word en sy aanvaar die dwaling en onderwerp haar aan Titus, is Titus nie gebonde nie, aangesien die belofte nie sy toestemming ten opsigte van Cornelia omvat nie. Sy kan haar nie bekla oor die ontmaagding nie, aangesien sy bewus was van die dwaling oor haar persoon en haar skelmatigheid en *dolus* behoort vir haar van geen voordeel te wees nie.²

Tweedens, waar Cornelia nie van Titus se dwaling geweet het nie, maar glo dat hy haar bemin en die aanbod aan haarself maak en nie die jongeling bedrieg het nie, dan moet Cornelia in 'n mate gehelp word *ex aequitatis ratione*.³ Die rede hiervoor is dat die dwaling aan Titus se skuld te wyte is. Hy kan en moes beter ondersoek ingestel het welke maagd hy aanspreek voordat hy die belofte gedoen en die ontmaagding gepleeg het. Daar bestaan

onwetend gedaan zynde, wat recht of billyk is: en my zeggen nochmaal dat de billykheid vereist, dat hy de belovte presteere, omdat hy niet voorzichtig genoeg geweest zyde, hem zelve zyn feute te imputeeren heeft, op dat hy leere op een ander tyd voorzigtiger te handelen."

¹ *De Jure Connubiorum* (1665) 1.18.9 en 10.

² Met 'n beroep op D.4.3.1.

³ Met verwysing na Beza en die Bybelse verhaal van Jacob, Rachel en Lea – sien Genesis 29.

geen rede waarom sy skade ten opsigte van haar kuisheid moet ly as gevolg van die nalatige dwaling van 'n ander nie.¹ En alhoewel die meisie ook verkwalik moet word dat sy aan haar wellus toegegee het voordat 'n huwelik gesluit is, kan dit nie so sterk teen haar gehou word nie, sodat gevolg eerder aan die uitermate nalatige dwaling van die jongeling gegee moet word.²

Brouwer sê nie of die jongeling gebonde gehou word aan die skynkontrak, dan wel tot skadevergoeding nie. Verwysende na die oud-Testamentiese dwaling van Jacob, lyk dit asof hy meen dat Titus verplig moet word om met die kontrak deur te gaan, met ander woorde dat hy aan die skyn gebonde gehou word.

In sowel die eerste as die tweede geval gaan dit vir Brouwer dus om vertrouensbeskerming. In die eerste geval is die dame nie mislei nie en word nie beskerm nie; andersom in die tweede geval. Ons vind dus by die verlowingskontrak dat Cos en Brouwer die beginsel neerlê dat die persoon, aan wie se skuld die dwaling wat *consensus* uitsluit, te wyte is, gebonde gehou word om die vertroue wat hy verwek het, gestand te doen.

Die Hollandse howe: *obligatio ex contractu*

Dieselfde beginsel word deur geen skrywer toegepas op gebied van die ander kontrakte nie. Tog wil dit voorkom asof die howe die vertrouensbeginsel nie net op gebied van die verlowingskontrak toegepas het nie. In die *Hollandse Consultatien* word verklaar: *Het moet iemand zelfs geimputeert worden dat hy de woorden in zijn contract niet klaarder heeft uitdrukt*. Dit mag bloot staan op die *contra proferentem*-reël, maar dit kan ook 'n breër beginsel verwoord, naamlik dat waar daar verskillende interpretasies weens onduidelike of dubbelsinnige verklarings moontlik is, moet die *skuldige* die skyn wat hy

¹ De Jure 1.18.10: "Eterium commissus hic error maxime culpa Titii adscribi postest: potuit ille et debuit melius iriquisivisse quatenus esset virgo cui loqueretur antequam ejus florem deliberat; nec ratio est ut ex tam supino alterius errore puella pudicitiae damnum patiatur ..."

² "... ut potior nimium supinum suum errorem praetigentis juvenis quam sub fide matrimonii ereptam pudicitiam querentis puellae habenda ratio esset."

verwek het, handhaaf.¹ Die *Hollandse Consultatien* vermeld ook die volgende interessante geval: 'n Persoon, A, het vir vier jaar lank (1616-1620) bier by 'n brouer, C, laat haal deur 'n lashebber, B. A betaal gereeld vir die bier. In 1620 besluit A om nie meer bier van C te koop nie, weens die swak gehalte van C se bier en om 'n ander brouer te ondersteun. A stel C nie van sy besluit in kennis nie. B haal hierna nog gereeld bier by C, onder voorwendsel dat hy steeds namens A optree. C vorder die prys van die bier van A. A weier om te betaal, maar word aanspreeklik gehou weens sy skuld: hy moes C in kennis gestel het dat hy nie meer met hom handel nie en dat B nie meer namens hom optree nie.² Weer eens word die vertroue van die voormalige kontraksparty beskerm.

Voet en *justus error*

Die Romeinse reg het die verskil tussen *error iuris* en *error facti* in verband met die *condictio indebiti* ontwikkel. *Error facti* het die betaling onder dwaling, gemaak, van krag ontnem en dit kon gekondiseer word. Dit was, in hoofsaak, ook die Romeins-Hollandse reg, maar Johannes Voet³ vereis dat die *error facti justus* moes gewees het, andersins bly die oorbetaling geldig en onaantasbaar. Voet stel dieselfde vereiste waar hy die regsinstelling van *restitutio in integrum* behandel.⁴

Voet se benaderingswyse is om twee redes vir hierdie studie van belang. Eerstens, dit hou die verwekker van 'n valse skyn (in hierdie geval, van

¹ Vgl. ook *Holl. Cons.* 2. 313. Sien ook die opmerking van Dale Hutchison *Contract Formation* in Zimmermann en Visser (eds) *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* 1996 op 165 op 181.

² By JC de Wet *Estoppel by Representation in die Suid-Afrikaanse reg* Proefskrif Leiden 1939 op 79.

³ *Commentarius ad Pandectas* 22.6.6.

⁴ *Op. cit.* 4.1.29 en 4.1.26.

verskuldigheid) gebonde as die skyn op skuldige wyse geskep is. Tweedens, dit is duidelik dat die invoering van die leerstuk van *justus error* in ons reg by *dissensus*, soos hieronder uiteengesit word, op Voet se tekste teruggevoer kan word.¹

Terwyl De Groot se gebruik van skuld by *dissensus* om deliktuele aanspreeklikheid daar te stel, terug te vind is by Rudolf van Jhering se *culpa in contrahendo* en die bepalinge van paragraaf 122 van die BGB, was Voet die vader van ons leerstuk van *justus error*.

Samevatting

Die beeld van die Romeins-Hollandse reg aan die einde van die agtiende eeu was dat die uitgangspunt gegeld het dat *dissensus* kontraktotstandkoming in die weg gestaan het. Vir die eerste keer ontstaan daar egter nou 'n beperking op dié reël, naamlik as een van die partye *skuld* aan die *dissensus* gehad het. In so 'n geval leer Cos, Brouwer, sommige Hollandse uitsprake en Voet dat 'n *obligatio ex contractu* nogtans tot stand kom; De Groot hou eerder die skuldige deliktueel gebonde om die ander se skade te vergoed. Bykans vyftien eeue na die hoogtepunt van die klassieke Romeinse reg en die reël van nietigheid by *dissensus*, kry ons nou nuwe gedagtes wat tot die huidige deurwerk: die vertroue van die teenparty word 'n oorweging wat naas en in die afwesigheid van *consensus* tot kontraktuele gebondenheid kan lei.

Die Franse Reg

Die *Code civil* van 1804 wat volgens opdrag van Napoleon Bonaparte ontstaan het, was grotendeels op die werke van Jean Domat (1625-1696) en Robert-Joseph Pothier (1699-1772) gebaseer. Terwyl Pothier swaar geleun het op Domat, bestaan ongeveer driekwart van die *Code civil* uit 'n byna

¹ Sien hieroor die suggestie van Dale Hutchison *Contract Formation* 1996 op 181.

woordelike herhaling van Pothier se werke. Die deel oor die verbintenisreg ontstaan volledig uit Pothier se *Traite des Obligations*.¹

Domat

Jean Domat se groot verdienste is dat hy in sy hoofwerk *Loix civiles dans leur ordre naturel* aan Frankryk die deurbraak na die moderne kontrakbegrip verskaf.² Vir hom is die grondbeginsels van die kontrakteleer: konsensualisme, inhouds- en vormvryheid.³ Hy omskryf konsensus nie as wedersydse eensydige beloftes nie, maar verenigde ooreenstemming – soos in die Romeinse *pactum*-begrip.⁴ Hy volg nie die Romeinse kontrakindeling nie en verklaar dat dit nie deel van die Franse reg is nie.

Pothier

Pothier volg in die voetspore van Domat. Ook vir hom is die kontrak, as uitdrukking van die menslike wilsoutonomie, die kernpunt van die verbintenisreg. Vir hom is *convention*, *pactum* en *contrat* sinonieme. Ook erken hy die beginsel van vormvryheid, maar gee toe dat óf die partye self óf die wetgewer vormvereistes kan stel – hoofsaaklik vir bewysdoeleindes. Ook is daar inhoudsvryheid. Pothier vereis ook 'n *cause honnête*. By wedersydse kontrakte is die *causa* vir die verpligting van die een party die onderneming van die ander een. By eensydige kontrakte is die *libéralité* van die een wat die verpligting onderneem, die *causa*. Daar is geen *causa* in die geval van 'n verpligting wat weens dwaling aanvaar is nie; ook nie in die geval van ooreenkomste wat strydig met 'n wet of die goeie sedes aangegaan is nie.

¹ Oor die invloed van die Romeinse reg en die oorgelewerde inheemse Franse reg (die ancien regime) sien Ghestin *Traite de Droit Civil* 1980 op 25-28. Oor die invloed van Domat en Pothier sien dieselfde werk op 28-29.

² Nanz *Die Entstehung* 1985 op 187.

³ Sien besonderhede by Nanz *Die Entstehung* 1985 op 188.

⁴ Nanz *Die Entstehung* 1985 op 188 hieroor.

Pothier¹ verklaar dat *consensus* die feitlike grondslag van kontraktuele gebondenheid is en dat die vorm van die verklaring aan die wil ondergeskik is. Hieruit volg dat *dissensus* die totstandkoming van 'n kontrak verhinder; Pothier noem *error in negotio* en *error in corpore* as voorbeelde. Indien 'n *error in materia* slegs 'n toevallige eienskap van die saak raak, is daar 'n geldige kontrak; gaan die *error* egter oor 'n eienskap wat die wese van die saak vorm en wat deur beide partye as wesenlik aanvaar is, is daar geen kontrak nie.

Pothier leer voorts dat 'n *error in persona* kontraksluiting verhinder slegs indien die identiteit van die teenparty van wesenlike belang vir die dwalende was. In *dissensus*-gevalle moet voorts van billikheidweë (en met die oog op *vertrouensbeskerming*) die *culpa*-beginsel gebruik word: as die dwalende skuldig was, word 'n *actio in factum* verleen om die beloofde prestasie af te dwing. Pothier wil dus die *culpa* van die dwalende gebruik om 'n *obligatio ex contractu* daar te stel (vgl. die Romeins-Hollandse reg hierbo bespreek), maar eienaardig genoeg, verleen hy darem nie aan die teenparty die normale kontrakaksie nie, maar 'n *actio in factum*, wat egter maar op dieselfde neerkom.

Voordat die Franse gemeenereg die grondslag en omvang van vertrouensbeskerming by *dissensus* nader kon bepaal, is oorgegaan tot kodifikasie.

Die Franse reg van vandag is nie alleen op die oudste Europese kodifikasie (Napoleon se *Code civil* van 1804) gebaseer nie, maar is ook dié regstelsel wat op gebied van die kontraktereg (om my stelling maar net tot dié vakgebied te beperk) die minste gemoderniseer is.² Die *Code civil* het as model gedien vir die kodifikasies van België, Nederland, Luxemburg,

¹ *Obligations* 1.1.1 art. 3 par. 1 ev.

² Sien ook Arthur von Mehren *The Code and Contract – A Comparative Analysis of Formation and Form* in Bernard Schwarz *The Code Napoleon and the Common-Law World* New York University Press New York 1956 op 110.

Switserland, Italië, Spanje, Portugal, Egipte, Louisiana, Quebec en al die Suid-Amerikaanse state.¹ In baie van hierdie lande het die kontrakreg verder ontwikkel as in Frankryk.

Die Franse wilsleer

KW Ryan² skets die nodige agtergrond. Op die vooraand van die Franse Rewolusie het in Frankryk 'n ryke mengelmoes van regstelsels – oorgelewerde Romeinse reg, kanonieke reg, gewoontereg en plaaslike reëls – bestaan. Die rewolusionêre beweging het 'n nuwe erfenis van filosofiese en regskonsepte by die natuurreg, soos gesien deur die toentertydse Franse gemeenskap gevoeg. Die kenmerke daarvan is rasionalisme, individualisme en radikalisme. Teen die tyd van die opstel van die Napoleontiese kode was daar egter reeds 'n reaksie teen die uitspattighede van die rewolusie en 'n terugkeer na die tradisionele reëls van die Franse reg. Daar kan, aldus Ryan, geen twyfel wees nie dat in die *Code civil* die ou reg in die algemeen behou is en slegs enkele toegewings aan die rewolusie gemaak is, byvoorbeeld die afskaffing van die feodale stelsel. Die Romeinse reg het in Frankryk reeds die inheemse reg verdring. By die opstel van die *Code civil* het rewolusionêre opvattinge 'n geringe direkte rol gespeel en dit was dus voldoende om die verbintenisreg te kodifiseer op die basis van die klassieke teorie, veral Pothier se *Traité des Obligations*.³

Arthur von Mehren⁴ gee 'n waardevolle skets van die historiese ontwikkeling van die kontrakbegrip sedert die Romeinse reg tot by die daarstelling van die *Code civil*. Die belangrike punt wat hy maak is dat die *Code civil* die

¹ Sien Michael H Whincup *Contract Law and Practice* Kluwer Deventer 1992 op 26.

² *An Introduction to the Civil Law* Law Book Co of Australasia Brisbane 1962 op 26 ev.

³ Vir 'n verdere algemene agtergrondskets sien Amos en Walton *Introduction to French Law*, 3e uitg. deur FH Lawson AE Anton en L Neville Brown Clarendon Press Oxford 1967 op 137 ev.

⁴ *The Code and Contract*, 1956 op 117 en 125.

kulminasie is van 'n eeuelange regsontwikkeling en debat onder kreatiewe regsdenkers.

"By the twelfth and thirteenth centuries speculative and systematic thought began to play a role of increasing importance in the development of the new law of contracts. The characteristics of the theory of formation and of the approach to the general problem of form today found in the French Civil Code result, in considerable measure, from the efforts of speculative and systematic thinkers in reworking the primitive contract law with which both they and the common law began. ... The eighteenth century saw the speculative and systematic thought of jurists and philosophers finally and fully carry the day ... The ground was cleared for the great codifications of the nineteenth century. Starting with a theory of formation based on agreement, they could approach rationally the problem of the element of formality that should be required before the legal order will sanction a particular type of transaction. The theory of contract formulation and the approach to the problem of form thus prepared for the drafters of the French Civil Code fitted in remarkably well with their intellectual preconceptions and with the technique of a code. The theory of formation, based as it was on agreement, was rational, offered the generality that codification required, and raised directly and clearly the problem of form."

Die wilsleer het in die laaste helfte van die negentiende eeu en tot in die begin van hierdie eeu in Frankryk hoogty gevier. Net soos in ander Europese stelsels, Engeland en die VSA het die *laissez-faire*-siening geseëvier. Ook is aanvaar dat die individu die beste regter is om te oordeel oor sy of haar eie belange; 'n ooreenkoms moet dus per definisie 'n regverdigte kompromis wees tussen die belange van beide partye. Dit volg dus dat 'n kontrak as bron van 'n verbintenis slegs op die wil van beide partye, meer in besonder op *consensus*, gebaseer is.¹ Nicholas² sê van die wilsleer:

¹ Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 32 ev.

² 1992 op 33.

"The theory was taken for granted as the foundation of contractual doctrine in all Civil Law countries."

Toe die *Code civil* in 1804 regsrag gekry het, was daar natuurlik nog nie 'n wilsteorie nie, maar dit is duidelik dat die bepalings van die *Code civil* geïnspireer is deur die natuurregtelike *ius commune*, soos vertolk deur Domat en veral Pothier.¹

Die wilsgrondslag van kontraktuele gebondenheid blyk onomwonde uit die drie kernbepalings van Titel III van die *Code civil*, wat met kontraktuele gebondenheid handel.

Die Code civil: die wilsleer

Artikel 1101 bepaal dat 'n kontrak 'n ooreenkoms is waardeur een of meer persone homself of hulself verbind teenoor een of meer ander persone om iets te gee, te doen of nie te doen nie. Artikel 1101 reflekteer die siening van die natuurreg, konstateer universele agtiende en negentiende eeuse visies en word tot op die huidige deur vele gesien as 'n korrekte kerndefinisie van kontrak.

Artikel 1108 stel vervolgens vier vereistes vir die geldigheid van 'n ooreenkoms:

- * die toestemming van die persoon wat homself verbind;
- * bevoegdheid om te kontrakteer;
- * 'n bepaalde objek wat die voorwerp van die afspraak vorm; en
- * 'n geldige *cause* vir die verbintenis.

¹ Amos en Walton *Introduction to French Law* Clarendon Press London 1967 op 137.

Artikel 1134 lid 1 bepaal dienooreenkomstig dat ooreenkomste vir die kontrakpartye tot wet strek, terwyl lid 2 stel dat ooreenkomste slegs gekanselleer mag word deur wedersydse *consensus* of vir ander regsgeldige redes.

Die trilogie van artikels 1101, 1108 en 1134 lid 2 beteken dus eenvoudig dat vir kontraksluiting en wedersydse kansellasië *consensus* nodig is. Die algemene aanvaarding deur die Franse reg van die *consensus*-uitgangspunt word bevestig deur Arthur von Mehren.¹ Hy maak ook twee belangrike punte oor die toestemmingsvereiste van artikel 1108:² die taal daarvan is misleidend insoverre dit verwys na toestemming van één party – wat inderdaad vereis word is *consensus* tussen beide partye; ook in die Franse reg kom 'n geldige kontrak tot stand as die aanbieder, nadat hy die aanbod gemaak het, sy wil verander, maar dit nie aan die geadresseerde kommunikeer nie.

Ander skrywers beklemtoon ook die algemene aanvaarding van die wilsleer in die Franse reg, selfs tot op die huidige – byvoorbeeld KW Ryan³ en Murad Ferid.⁴

Maar Ferid toon aan dat dit ook darem in die Franse reg vereis word dat die wil verklaar moet word; maar in geval van botsing tussen innerlike en verklaarde wil, geniet die innerlike wil voorrang.⁵

¹ *The Code and Contract* 1956 op 111 ev.

² *The Code and Contract* 1956 op 130.

³ *An Introduction to the civil law* Law Book Co of Australasia Brisbane 1962 op 40.

⁴ *Das Französische Privatrecht* Metzner Frankfurt 1971 op 258 par. 1 E 60 wat verklaar: "Nach französischer Auffassung ist **la valonte** order, wie der Code in Artikel 1108 sagt, le consentement, das entscheidende Element des acte juridique. Darunter is zu verstehen der **wirkliche subjective rechtsgeschäftliche Wille** des bzw. der Urheber des Rechts-geschäfts. Dem französischen recht liegt dem Grundsatz nach eine reine Willenstheorie Zugrunde."

⁵ *Das Französische Privatrecht* 1971 op 259.

Artikel 1134 lid 1 stel die beginsel van *pacta sunt servanda*.

Anders as in die Anglo-Amerikaanse reg, ken die Franse reg (soos trouens al die ander kontinentale stelsels), nie die vereiste van *consideration* met al sy subtiliteite nie. Die Franse reg worstel ook nie met die vraag of kontraktuele gebondenheid op die eensydige belofte of 'n meersydige regshandeling berus nie: die belofte is onafdwingbaar. 'n Belofte om te presteer is slegs afdwingbaar as die aanbod aanvaar is, al word so 'n kontrak 'n eensydige kontrak genoem.¹ Anders as die Duitse reg, ken die Franse reg nie die onderskeid tussen *Handlungswille*, *Erklärungswille* en *Geschäfts- of Erfolgswille* nie, maar hanteer *die wil* as eenheidsidee.

***Die Franse dissensus-leer*²**

Een van die groot leemtes in die *Code civil* is dat dit die *dissensus*-probleem glad nie aanspreek nie. Die rede hiervoor mag wel wees dat die opstellers van die *Code civil* eenvoudig die gemeenregtelike posisie aanvaar het, naamlik dat *dissensus* (bv. *error in negotio*, *in corpore*, ens.) deurgaans nietigheid meebring. Maar dan sou mens verwag het dat die regspraak 'n stelsel van vertrouensbeskerming sou geskep het om in die leemte te voorsien - wat ook nie gebeur het nie.

Erreur obstacle is die naam wat die Franse reg aan *dissensus* gee. Soos Nicholas¹ aantoon, is die howe nie geneë om *erreur obstacle* as 'n aparte regsverskynsel te aanvaar nie, maar dwing dit in die kled van *erreur sur la substance* in. Daar is wel uitsonderingsgevalle waar *erreur obstacle* op eie meriete behandel is, en ek behandel dus die twee gevalle afsonderlik.

¹ Art. 1103. Sien Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 39; Whincup *Contract Law and Practice* 1992 op 27; Arthur von Mehren *The Code and Contract* 1956 op 112 ev.

² Sien in die algemeen Ghestin *Traite de Droit Civil* 1980 op 292-329.

***Erreur obstacle* as selfstandige kategorie**

In die gevalle waar *erreur obstacle* as selfstandige verskynsel behandel word, word die wilsleer konsekwent toegepas: die gepoogde kontrak is eenvoudig nietig.²

Gevalle wat Nicholas³ aanhaal, is die volgende: 'n verhuurder se agent laat na om die gemeenregtelike verpligting om die huurder vir verbeterings te vergoed, uit te sluit, terwyl uitsluiting die verhuurder se bedoeling was. Die hof verklaar die kontrak nietig weens *dissensus*. 'n Koper op 'n veiling bie op die verkeerde voorwerp. Die hof verwerp die afslaer se argument dat die *error injustus* was en bevind dat geen kontrak tot stand gekom het nie. Daar was 'n aantal gevalle van *error in negotio* waar nietigheid bevind is; ook gevalle waar een party meen dat die koopprys in ou franke bepaal is, terwyl die ander nuwe franke bedoel het.⁴

Nicholas⁵ meen dat die Engelse juris met al bogenoemde resultate probleme sal hê.

"He will notice that in none of the cases discussed in this section is there any attempt to give an objective meaning to the contract, i.e. to ask what the reasonable man would have taken the parties to have intended. This is not, however, surprising. We have repeatedly found that the French approach to consensus is, from the English standpoint, markedly subjective. But these cases go further. They do not even apply the usual French corrective of this subjectivity by requiring that the mistaken party's assumption (as to the type of franc in question, or

¹ French Law of Contract 1992 op 98.

² Ryan *An Introduction* 1962 op 54-55; Amos en Walton *Introduction* 1967 op 158.

³ 1992 op 98 ev.

⁴ Nog voorbeelde by Whincup *Contract Law and Practice* 1992 op 211.

⁵ French Law of Contract 1992 op 100.

the type of loan, or the lot for which the bid was made) should have been known to or taken for granted by the other party."

Murad Ferid¹ wys daarop dat volgens die Franse reg *dissensus* oor die objektiewe wesenlike elemente van die beoogde kontrak nietigheid meebring; so ook *dissensus* oor elemente wat in die algemeen of objektief nie as wesenlik beskou word nie, maar volgens die bedoeling van die partye – dus subjektief – wesenlik was. Dit is 'n feitelike vraag.²

(ii) ***Erreur obstacle as erreur sur la substance***

Drie artikels in die *Code civil* dek die terrein van dwaling (*erreur*). Die eerste is artikel 1109, wat leer dat daar geen geldige kontrak is nie as die toestemming slegs verkry is as gevolg van *erreur*, dwang of bedrog. Artikel 1110 vervolg dat *erreur* slegs 'n grond vir nietigheid is as dit die werklike substansie (wese) van die objek van die kontrak tref. Die artikel bepaal voorts dat *erreur* nie nietigheid meebring as dit slegs die persoon met wie bedoel was om te kontrakteer betref nie, tensy oorwegings betreffende sodanige persoon die hoofsaaklike rede (*cause*) vir die ooreenkoms was.

Artikel 1117 bepaal ten slotte dat 'n kontrak gesluit as gevolg van *erreur*, dwang of bedrog nie nietig van regsweë is nie, maar aanleiding gee tot 'n aksie vir vernietiging.

Vir doeleindes hiervan is slegs *erreur sur la substance* van belang. Hierdie kategorie van dwaling is klaarblyklik van die Romeinsregtelike *error in substantia* afkomstig, maar gemelde begrip is in die Franse reg baie uitgebrei. So, byvoorbeeld³ gee 'n verkeerde opgaaf van die grootte van 'n erf

¹ *Das Französische Zivilrecht* 1971 op 273.

² Vir verdere besonderhede oor *erreur exclusive de consentement* of *erreur absolument destructive du consentement*, sien Murad Ferid *Das Französische Zivilrecht* 1971 op 309-312.

³ Sien voorbeelde by Nicholas *French Law Contract* 1992 op 86.

aanleiding tot vernietiging weens *erreur sur la substance*; ook die egtheid al dan nie van 'n kunswerk; in die beroemde geval van 'n skildery van Poussin is die koopkontrak deur die verkoper met sukses aangeveg omdat hy nie geweet het dat dit 'n egte Poussin was nie en dit ver onder die werklike waarde verkoop het. 'n Blote *erreur* oor die waarde van 'n saak word egter as irrelevant beskou. Die ouderdom van 'n perd wat vir werkdoeleindes verkoop is, is as *substance* geag; so ook die jaar van vervaardiging van 'n gebruikte motor; of, in geval van 'n kontrak om 'n gebou af te breek, die hardheid van die beton wat verwyder moes word.¹

Die belangrike punt by *erreur sur la substance* is die toets wat gestel word vir relevansie, naamlik dat blote eensydige dwaling nie voldoende is nie; aan die ander kant word ook nie vereis dat die partye ooreen moes gekom het dat die betrokke kwaliteit wesenlik is nie. Die vereiste is dat die verkeerde opvatting (i.e. die dwaling) die werklike oorsaak van die kontraksluiting was, en aan die teenparty bekend moes gewees het of hy dit as vanselfsprekend moes aanvaar het. Dit beteken nie dat daar wedersydse dwaling moet wees nie, maar dat die teenparty bewus was of vanselfsprekend bewus moes gewees het van die omstandighede wat vir die ander party by die kontraksluiting wesenlik was.²

'n Tweede vereiste is dat die *erreur justus* moes gewees het, dit wil sê verskoonbaar. Dit is 'n feitelike vraag en word beoordeel onder andere volgens die kundigheid al dan nie van die partye - byvoorbeeld 'n beroepskleremaker kan hom nie oor die ongeskiktheid van die materiaal wat hy aangekoop het, bekla nie.³

Die belang van die bogemelde bespreking van *erreur sur la substance* is daarin geleë dat die regspraak verkies om *dissensus*-gevalle eerder onder

¹ Vir nog voorbeelde sien Nicholas *French Law Contract* 1992 op 89 ev. Vir verdere algemene bespreking sien Ryan *An Introduction* 1962 op 50 ev.; Amos en Walton *Introduction* 1967 op 158 ev.

² Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 93 ev.

erreur sur la substance te behandel as onder *erreur obstacle*. Nicholas¹ merk tereg op dat gemelde benaderingswyse selfs die rekbare begrip van *erreur sur la substance* nog verder onder spanning geplaas het.

Wat die praktyk betref, is die gevolg van die toepassing van die reëls met betrekking tot *erreur sur la substance* op *dissensus*-gevalle dat die kontrak nie nietig is nie, dog slegs vernietigbaar.

Daar is stellings by skrywers dat, hetsy die *kontrak* weens *erreur obstacle* nietig is of weens *erreur sur la substance* vernietigbaar is weens *dissensus*, die teenparty se skade vergoed moet word as die verklaarder 'n foutiewe wilsverklaring afgelê het. Op die wyse sou die vertroue beskerm kan word.² Slegs Nicholas³ verwys na beslissings in hierdie verband en hy vermeld dat hierdie remedie dikwels gebruik word. Dat dit in die Franse reg eintlik vanselfsprekend kon gewees het, volg uit die breë omskrywing van deliktuele aanspreeklikheid in artikel 1382 *Code civil*: enige handeling waardeur skade op skuldige wyse aan 'n ander berokken word, verplig die dader tot vergoeding van die skade. Maar dit is opvallend dat ander skrywers oor die Franse reg die skadevergoedingsplig by *dissensus* nie juis bespreek nie en dit nie as 'n metode van vertrouensbeskerming aanmerk nie.

Samevattend

Die Franse reg staan op die wilsleer en die logiese konsekwensie daarvan by *dissensus*: die beoogde kontrak is vernietigbaar in gevalle van *dissensus* oor die wese van die kontrak, behalwe as daar skuld was aan die kant van die

³ Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 94 vir verdere voorbeelde.

¹ *French Law of Contract* 1992 op 98.

² KW Ryan *An Introduction* 1962 op 40 en 55; Whincup *Contract Law and Practice* 1992 op 212; Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 39 en 110.

³ *French Law of Contract* 1992 op 39 en 110.

verklaarder waar 'n foutiewe verklaring afgelê is, in welke geval die kontrak nie aangeval kan word nie, omdat die *erreur* nie *justus* was nie.

Nederland

Inleidend

Dit is myns insiens baie waarskynlik dat indien die Romeins-Hollandse reg toegelaat is om sy gewone loop te neem en om deur die regspraak en die bydraes van skrywers as wetenskapsisteem te ontwikkel, daar vroeg reeds 'n logiese en billike *wils-vertrouensleer* sou ontwikkel het. Dit kon nie gebeur nie weens die beëindiging van die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg in Nederland en die vervanging daarvan deur 'n kodifikasie in 1838 wat op die lees van die Franse *Code civil* geskoei was. Die Franse reg was op hierdie gebied eenvoudig net nie so ver soos die Nederlandse reg ontwikkel nie.

Op 1 Oktober 1838 het die *Burgerlijk Wetboek (BW)* vir die *Nederlande* in werking getree. Dit was wesenlik op die *Code civil* geskoei. Op dieselfde datum het ook die *Wetboek op Koophandel* in werking getree.¹

Die grondslag van kontraktuele gebondenheid

Wat die grondslag van kontraktuele gebondenheid betref, het die *BW* die Franse *Code civil* gevolg. Net soos in die *Code civil* word vier vereistes vir die aangaan van 'n geldige kontrak in artikel 1356 *BW* neergelê. Een van hierdie

¹ In 1947 is volgens 'n koninklike besluit opdrag gegee aan die vermaarde Leidse hoogleraar, *EM Meijers*, om 'n ontwerp vir 'n nuwe burgerlike wetboek op te stel, wat sowel die *BW* as die *Wetboek op Koophandel* sou vervang. Meijers is in 1954 oorlede, maar hy het voor sy dood vier boeke van die ontwerp voltooi en was besig met die vyfde boek. Die werk is voortgesit deur verskeie hoogleraars. Verskillende ontwerpe het die lig gesien. 'n Nuwe *BW* het stuksgewyse tot stand gekom sedert 1 Januarie 1970, en gerieflikheidshalwe sal ek daarna verwys as die *NBW* (Nuwe Burgerlike Wetboek) in teenstelling met die *BW* (die ou Burgerlike Wetboek).

vereistes was wilsooreenstemming, wat uitgedruk is as *de toestemming van degenen die zich verbind*en.

Die geskiedkundige verloop: die teorieë-stryd

Die Nederlandse reg sedert die middel van die negentiende eeu kan soos volg in 'n neutredop saamgevat word: Op daardie stadium het die wilsleer in die Nederlande in ongebreidelde vorm gegeld. Dit het behels dat vroe rondom die totstandkoming, interpretasie en aanvulling van ooreenkomste uitsluitlik aan die hand van die bedoeling van die partye bepaal is. Aan die einde van die negentiende eeu het Opzoomer, 'n vooraanstaande Nederlandse juris, die wilsleer as 'n gegewe *aan welker juistheid eeue lang door niemand is getwyfel*d, aangeprys. Die basis van die wilsleer het hy in die verbintenis-skeppende krag van die wil van die individu gevind.¹

Teen die middel van die negentiende eeu ontstaan daar in Nederland 'n onverkwiklike teorieë-stryd onder voorstanders van die wilsleer, die verklaringsleer en die vertrouensleer. Talle boeke, proefskrifte en artikels sien die lig.²

¹ *Het burgerlijk Wetboek verklaard* deel V 2e druk 1891 op 29: "Volgens het oude, nog altijd heerscheende gevoelen kan, buiten de gevallen, waarin de wet zelve alleen uit de bestaande feitelijke betrekking geheel zonder zijn wil in aanmerking te nemen, eene verbintenis heeft ontwikkeld, de mensch door niets anders verbonden worden, dan door zijn wil. Hij is persoon en daardoor tot zelfstandig ingrijpen in den loop der dingen geroepen.

Hij heeft een wil, en wat door dien wil gekozen wordt moet gelden, zoo geen hooger en beter, krachtiger wil zich er tegen verset. Om dien wil, om die persoonlijkheid word zelfs het bloote bezit geëerbiedigd. Alleen op dien wil, die persoonlijkheid, rust ook de verbintenis. Natuurlijk moet die wil geopenbaard zijn. ... De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken ... De wil geldt slechts in zijn uitspraak, zoolang deze er is, is er ook de wil, en zij geldt alleen omdat ze den wil uit. Met andere woorden niet door het spreken op zich zelf, maar door het uitgesproken willen is men gebonden."

² Vir 'n moderne samevatting, sien Jac Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid van Rechtshandelingen* Kluwer Deventer 1988 op 15 ev.

Die resultaat was 'n geleidelike oorgang van die wilsleer na die vertrouensleer, en uiteindelik na die wils-vertrouensleer.¹

Die wils-vertrouensleer

Die hoofstroom van kontemporêre denke is dat 'n saamgestelde leerstuk geld, wat mens kan noem: *die wilsleer gekorrigeer deur die vertrouensleer*, kortweg die wils-vertrouensleer. Asser-Hartkamp² formuleer dit so:

*“Krachtige gronden pleiten voor de leer, dat de overeenkomst tot stand komt door de in verklaringen uitgedrukte wil van de partijen, zulks met deze aanvulling, dat met de werkelijke wil moet worden gelijkgesteld de toerekenbare schijn daarvan. Men kan dit ook als volgt formuleren, dat als wilsverklaring niet alleen geldt de verklaring van die werkelijke wil, maar ook het bij de wederpartij op toerekenbare wijze opgewekte vertrouwen dat de wil op het sluiten van de overeenkomst is gericht.”*³

Wanneer verwys word na die wilselement van die wils-vertrouensleer, word, volgens die Hoge Raad⁴ die geopenbaarde wil bedoel.

Die vertrouenselement

Wat die vertrouenselement betref, word allereers vereis dat daar 'n *vertroue* by die teenparty deur die verweerder of 'n gevolmagtigde opgewek is. In *Vas Dias v Salters*⁵ het Vas Dias se argitek, blykbaar namens eersgenoemde, onderneem om die skade aan Salters se huis te herstel. Vas Dias word nie

¹ JM Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 190-199.

² Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* Deel II *Algemene Leer der Overeenkomsten* 11e druk bewerk deur AS Hartkamp J Tjeenk Willink Zwolle 2001 op 97 en weer op 100.

³ Sien ook Bregstein *Praedvies* NJV 1936 op 11 ev. Van der Heijden *De Toerekenbare Schijn en de bronnen der verbintenis* RM 1928.

⁴ 12 Januarie 1912; W 9302.

⁵ Hoge Raad 6 Mei 1926; NJ 1926 op 721.

aanspreeklik gehou om die onderneming na te kom nie, omdat hy nie 'n vertroue by Salters geskep het dat sy argitek volmag het om namens hom 'n kontrak te sluit nie.

Tweedens word vereis dat die *vertroue* geregverdig moet wees. Die vraag of daar in 'n bepaalde geval 'n geregverdigde vertroue was dat die teenparty se verklaring met sy wil ooreenstem, word in die Nederlandse reg nie net op 'n eenvoudige, feitlike basis beantwoord nie. Daar word naamlik 'n breë beskouing gevolg wat rekening hou ... *met alle omstandigheden van het geval, zoals de aard van de rechtshandeling, de bijzondere deskundigheid of ondeskundigheid van partijen, de mogelijkheid van nader onderzoek naar de wil van de declarant en de met de handeling verbonden voor- en nadelen voor de bij de handeling betrokken partijen.*¹

In die praktyk beteken dit dat as A hom op sy innerlike wil in weerwil van 'n teenstrydige verklaring beroep - met ander woorde hom op nietigheid weens *dissensus* beroep - hy sal moet aantoon dat die ander party geweet het of moes geweet het dat sy, A se, verklaring van sy wil afwyk. *In so 'n geval en alleen in so 'n geval, is daar nie 'n redelike vertroue nie.* Dat dit nie 'n maklike bewyslas is om te kwyt nie, is duidelik.

Hierdie vereiste het veral ter sprake gekom in gevalle waar vreemdeling-arbeiders dokumente teken waarin hul dienskontrakte beëindig word. Toe hulle hul later daarop beroep het dat die dokumente nie hul ware wil weerspieël het nie, het die Hoge Raad hul gelyk gegee: die werkgewer se beroep op toerekenbare skyn kan nie slaag nie, want sy vertroue dat die dokument die arbeider se wil korrek weerspieël, was onder die omstandighede nie geregverdig nie.²

¹ Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 103.

² Sien *Hajziani v Van Woerden* HR 14 Januarie 1983; NJ 1983 op 457; *Hajjout v Ijmah Metaalwarenfabriek* HR 15 April 1983; NJ 1983 op 458. Die beginsel is ook toegepas in *Hensels v Seegers en Musters* HR 29 November 1974; NJ 1975 op 211;

Derdens moet daarop gelet word dat die gevolg van 'n suksesvolle beroep op beskerming van die vertroue tot gevolg het dat 'n kontrak tot stand kom soos die vertrouende dit ingesien het.¹

Vierdens: dit word geensins vereis dat die vertrouende, ten einde te kan slaag in beskerming van sy vertroue, hoof te bewys dat die skynverwekker *skuldig* opgetree het nie.

Vyfdens: is die vertroue alleen beskermingswaardig indien die vertrouende reeds, in die opgewekte vertroue, tot sy of haar *nadeel* gehandel het? Die vraag is erg omstrede.

Aanvanklik is die nadeel-vereiste wel deur die Hoge Raad gestel.² Later is by ooreenkomste onder beswarende titel en sommige aanverwante ooreenkomste die nadeelvereiste nie gestel nie; wel in die oorblywende gevalle. Maar die nadeelvereiste verval mettertyd in onguns,³ en uiteindelik word dit verwerp. Die sleutelbeslissing in dié verband is *Ouwens v Van Hussen en Brok*.⁴ Ouwens maak 'n aanbod deur makelaar Greveling om 'n eiendom van Van Hussen en Brok te koop. Greveling gee aan Ouwens te kenne dat die aanbod aanvaar is. Dit blyk egter dat Greveling geen volmag gehad het om namens Van Hussen en Brok 'n aanbod te aanvaar nie; voorts dat die terme van die aanbod verskil het van die voorwaardes wat vooraf deur Van Hussen en Brok gestel is. Die regbank verwerp Ouwens se eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk, aangesien geen kontrak bewys is nie, onder andere omdat Ouwens geen nadelige handeling weens die opgewekte vertroue bewys het nie. Die Hoge Raad verwerp hierdie stelling: "*Een andere opvatting zou de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer op*

Eelman v Hin HR 11 Desember 1959; NJ 1960 op 59. Sien ook Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 97 ev.

¹ Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 101 ev.

² Bv. in *Hensels v Seegers en Musters supra*; *Van Dongen v Van de Oetelaar* HR 15 Mei 1959; NJ 1959 op 516.

³ Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 104 ev.

⁴ HR 12 Junie 1981; NJ 1982 op 238.

onaanvaarbare wijze verswakken". Die appèl slaag dus gedeeltelik en die saak word na die verhoorhof vir verdere beslissing terugverwys.

Hierdie beslissing bevestig die duidelike lyn van vertrouensbeskerming sonder die nadeelvereiste.

Toepassing van die wils-vertrouensleer

Voorbeelde van die toepassing van die wils-vertrouensleer (oftewel: die leerstuk van toerekenbare skyn) tref mens aan in al die geykte gevalle van *dissensus* of oneigenlike dwaling: verspreking; die maak van 'n skryf- of tikfout; die verklaring word per bode of per telegram verkeerd oorgedra; die ondertekening van 'n skriftelike dokument wat nie met die ondertekenaar se bedoeling ooreenstem nie; misverstand; onduidelikheid oor die vraag wie die teenparty tot die ooreenkoms is, en afdwaling (die wilsverklaring bereik iemand anders as die een vir wie dit bedoel is).¹

Die sisteem, hierbo beskryf, is die een wat in die regspraak vóór die inwerkingtreding van die nuwe wetboek ontwikkel is.

Vrae rondom die wils-vertrouensleer

Die Nederlandse stelsel het nogal veel in gemeen met die Anglo-Amerikaanse objektiewe benadering, *promissory estoppel*, en die *reliance*-beginsel. Terwyl 'n mens die herkoms en *ratio* van gemelde beginsels in die Anglo-Amerikaanse reg tot 'n bepaalde dieperliggende regsinstelling kan terugvoer, laat die Nederlandse regspraak groot vraagstukke onbeantwoord. Byvoorbeeld: op grond van welke beginsel word die redelike vertroue beskerm? Dit is maklik om die vraag af te maak met algemene verwysings na goeie trou, billikheid, verkeersekerheid, en so meer. Maar wat is die regsbeginsel waarom dit hier gaan? Insoverre *skuld* aan die kant van die

¹ Sien oor hierdie toepassingsgebiede Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 109 ev. en die regspraak daar aangehaal.

skynverwekker nie vereis word nie, gaan dit seker nie om deliktuele aanspreeklikheid nie - immers artikel 1407 van die 1838 BW het *skuld* as vereiste vir deliktuele aanspreeklikheid gestel. Om welke beginsel gaan dit dan? En: word die *vertroue* kragtens hierdie leerstuk as aparte, beskermingswaardige regsobjek gesien? Is daar 'n subjektiewe reg op *vertroue*? En: is dit billik om die redelike *vertroue* van B te beskerm as A ewe redelik (dit wil sê onskuldig) die *dissensus* veroorsaak het? Ook: is dit billik om *vertroue* te beskerm as die partye bewus word van die *dissensus* nog voor die *vertrouende* enigsins sy of haar posisie verander het of tot sy of haar nadeel gehandel het? Ten slotte: waarom kontraktuele gebondenheid skep en nie met vergoeding van skade volstaan nie?

Die nuwe BW

Sekerlik antwoord die regspraak nie op hierdie vrae nie; ook nie die 1838 BW nie. Hoe antwoord die tans geldende BW daarop? Ek is bevrees dat, weens die aard van 'n kodifikasie, ons selfs nie in die nuwe BW die antwoorde vind nie. Die NBW volg in wese die sisteem wat reeds ontwikkel het. Vertrekpunt vir 'n regshandeling (bedoelende kontrak) bly steeds 'n *wil* wat op 'n bepaalde regsgevolg gerig is en wat deur 'n verklaring openbaar is.¹

Maar daarnaas geld die geregverdigde *vertroue*: teen die persoon wat 'n ander se verklaring of gedraging opgevat het ooreenkomstig die sin wat hy onder die gegewe omstandighede redelikerwys daaraan mag toegeken het, kan geen beroep gedoen word dat die verklaring 'n gepaardgaande wil ontbreek nie.² Net soos voorheen volg dit dat 'n onredelike *vertroue* nie beskerm sal word nie. En net soos voorheen word geen *skuld* vir die

¹ Boek 3 artikel 33: "*Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.*"

² Boek 3 artikel 35: "*Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin de hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem*

vertrouensbeskerming vereis nie. Ook net soos voorheen word geen handeling of nadeel vereis nie. Al hierdie keuses (om die bestaande regsreëls dus in stand te hou) is bewustelik met die opstel van die nuwe BW gedoen.¹

Onder die nuwe BW word, soos in die verlede, die opgewekte vertroue deur die totstandkoming van 'n kontrak volgens die vertroue beskerm. By die opstel van die nuwe BW is oorweging daaraan geskenk om gemelde remedie met nietigheid te vervang, en, in gepaste gevalle, 'n eis om skadevergoeding gerig op die vertrouende se negatiewe interesse. Maar laasgenoemde keuse is as te subtiel verwerp asook op grond daarvan dat die erkenning van 'n kontrak gevolg gee aan die sekerheid wat die praktyk verg.²

Die redelike vertroue van derdes, wat nie kontrakspartye is nie, word ook nou uitdruklik beskerm. Artikel 36 NBW bepaal dat indien 'n derde op grond van 'n verklaring of gedrag en ooreenkomstig die sin wat hy onder die omstandighede redelikerwys daaraan mag gegee het, die ontstaan, bestaan of tenietgaan van 'n bepaalde regsbetrekking aanvaar (veronderstel) het en op die juistheid van gemelde aanvaarding (veronderstelling) gehandel het, kan die persoon wat gehandel het of die verklaring gemaak het, hom nie op die onjuistheid van die aanvaarding (veronderstelling) beroep nie.

Opmerklik is dat in hierdie gevalle, anders as wat die geval *inter partes* is, 'n handeling op die vertroue vereis word. Die vereiste is egter nie *nadeel* nie, bloot 'n handeling.³

Samevattend

gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil."

¹ WHM Reehuis en EE Slob *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Invoering Boeke 3, 5 en 6 Kluwer Deventer 1990 op 1059-1061.

² MM Olthof en J.W. du Pou *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* Boeke 3, 5 en 6 Kluwer Deventer 1982 op 56.

³ Sien ook Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 110 ev.

Die wils-vertrouensleer geld in Nederland. In beginsel bring *dissensus* “nietigheid” mee, maar die redelike vertroue van die teenparty word beskerm deurdat daar in so ‘n geval ‘n kontrak tot stand kom volgens sy vertroue. Skuld aan die kant van die vertroue-opwekker word nie vereis nie.

Die Duitse reg

Inleidend: consensus as vertrekpunt

Wat ook al die posisie in die onderskeie Duitse stamregte en –gebiede was, weet ons as feit dat teen die begin van die agtiende eeu *consensus* as algemene grondslag van kontraktuele gebondenheid erken was en dat, miskien nie by alle Duitse geleerdes nie, daar tog reeds begrip vir die vertrouensbeginsel was. Dit weet ons uit die manuskripte van *Nikolaus Gundling*.

Die vertrouensleer van Nikolaus Gundling: obligatio ex contractu

Die bogenoemde gevolgtrekkinge word bevestig deur die agttiende eeuse Duitse geleerde, Nikolaus Gundling. Hy was ‘n merkwaardige Duitse regsgeleerde wat ‘n universele kennis van die regswetenskap, die filosofie, geskiedenis en letterkunde in sy werke geopenbaar het. In 1724 het hy sy *Gundlingiana* deur die uitgewery Renger in Halle gepubliseer. In die 33ste deel van hierdie versameling van sy geskrifte word ‘n buitengewoon belangrike bespreking van die grondslag van kontraktuele gebondenheid en dwalingsprobleem aangetref.¹ Gundling begin sy verhandeling deur te bevestig dat die dwalingsprobleem uiters moeilik is en as steun hiervoor beroep hy hom, onder andere, op hoofstuk 11 van Grotius se *De Jure belli ac*

¹ ‘n Fotokopie van die seldsame oorspronklike is met die goedgegunstige samewerking van professor Reinhard Zimmermann van die Universiteit van Regensburg verkry vanaf professor Christoph Becker van die Instituut vir nuwe Privaatregsgeskiedenis aan die Universiteit van Keulen. My dank teenoor beide hierdie professore word hiermee betuig.

pacis. Hy wys ook daarop dat die behandeling van die dwalingsprobleem in die *Digesta* hoofsaaklik kasuïsties is.

Gundling bevestig vervolgens die vereiste van wilsooreenkoms of wilsooreenstemming by kontraksluiting: As ek nie met my teenparty oor iets ooreenkom nie, is daar geen kontrak nie en is die hele handeling daarmee heen. Gundling meen dat hierdie gevolgtrekking deur niemand verloën kan word nie al dink hy daaroor solank as wat hy wil. Dit wil dus amper lyk asof die probleem van dwaling nie moeilik kan wees nie. Maar, sê hy, die probleme ontstaan eers wanneer 'n mens vra wie skuldig is aan so 'n dwaling of wie meer skuld daarvoor dra? In die besonder ontstaan die probleme wanneer 'n ander daardeur skade lei. Gundling toon aan hoe die skuldbeginsel by dwaling, wat nie *consensus* uitsluit nie, 'n belangrike rol speel. Hy behandel egter ook die toepassing van die skuldbeginsel by *dissensus*-gevalle.

Hy behandel eerstens die geval van *dissensus in persona*. Hy stel¹ die geval waar ek dink ek kontrakteer met Mevius en koop van hom sekere handgemaakte goedere, wat hy baie goed maak, maar dit is inderdaad Caius, wat nie weet dat ek bedoel het om met Mevius te onderhandel nie, met wie ek praat. Nadat die onderhandelings voltooi is, kom ek my fout agter. Gundling sê daar is geen twyfel nie dat hierdie *error consensus* raak. Indien ek geweet het dat dit Caius was met wie ek werklik onderhandel het, sou ek nie die kontrak gesluit het nie. Gevolglik sou 'n mens moontlik kon dink dat die handeling nietig is. Maar 'n mens moet daarenteen bedink, aldus Gundling, dat Caius niks daaraan kan doen dat ek hom vir Mevius aangesien het nie, hy ook nie daaroor gevra is nie en daar dus nóg arglistigheid nóg nalatigheid teen hom gehou kan word; hierbenewens was hy ook nie verplig om my uit te vra of ek met hom en nie met Mevius wil handel nie. Ek moes egter versigtiger gewees het en gevra het wie die kontraktant of wie die verkoper is, of ek moes begaan gewees het om Mevius beter te identifiseer en van Caius te onderskei. So is dit seker glashelder dat die skuld by my lê. Hy wat

¹ Paragraaf XV.

skuldig is, is in sodanige geval geen guns waardig nie. Caius het 'n *ius quaesitum*. 'n *Jus quaesitum* kan selfs nie deur 'n engel van iemand weggeneem word nie; wat nog te sê deur my." Gundling sê die feit dat die Romeinse juriste hieroor anders besluit het, staan nie heeltemal vas nie, maar ook al is dit so, pla dit ons nie. Gundling bevestig ook dat die rede waarom daar aanspreeklikheid moet wees, is dat hy wat nie gedwaal het nie, by gebreke aan die instandhouding van 'n kontrak, onteenseglik skade sal ly.

Gundling raak verder 'n uiters belangrike vraag aan, naamlik of die kontrak in stand gehou moet word, of slegs dat skade vergoed word. Hy sê dat hierdie probleem moeilik is. 'n Mens moenie dink dat wanneer die kontrak nietig is, daar nie ook gebondenheid om skade te vergoed kan wees nie. Dit is juis deur Grotius en Pufendorf bevestig. Gundling meen dat die keuse tussen die twee remedies by die persoon lê wat nie gedwaal het nie en aan wie die skade berokken is. Sy belang lê hoofsaaklik daarin dat die kontrak in stand gehou sal word, want sy skade ontstaan juis as mens nie die kontrak in stand hou nie.

Hy argumenteer soos volg (my eie vertaling):

En dit gebeur die maklikste wanneer die kontrak in stand gehou word. Nalatigheid veroorsaak dat 'n mens kan sê regtens was daar nie gedwaal nie, alhoewel daar logies gesproke wel 'n dwaling mag wees ... hy wat handel en koop, moet die ore en mond oopmaak, as hy nie goed kan hoor, of kan praat of kan handel nie. Hy wat sorgeloos is en nie daarvoor navraag doen nie, of volhard in sy gedagtes en daardeur in die handel toestem, hy moet deur sy verlies en betaling slimmer word. Daarom is dit miskien die beste indien hy wat dwaal, wat amper nooit sonder skuld is nie, nie van die kontrak bevry word nie in welke geval die twis oor skade eensklaps verdwyn.

Ons vind dus by Gundling 'n merkwaardige erkenning van die *vertrouensbeginsel*, die beklemtoning van die verantwoordelikeheidsprinsiep as teenkant van die selfbeskikkingsreg, 'n oortuigende argument waarom skuld

in ag geneem sal word, en die eerste debat oor die vraag of die vertroue beskerm moet word deur instandhouding van die kontrak dan wel nietigverklaring met 'n skadevergoedingsplig. Na my mening kan dit tereg gesê word dat Gundling sy tyd ver vooruit was.

Die oplossing van die dissensus-probleem in die Duitse reg

Soos in die Nederlande, het daar in die negentiende eeu 'n stryd oor die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid in Duitsland, wat omvangryke afmetings aangeneem het, ontstaan. Die groot debat begin by Röver in 1874.¹

In terugblik kan mens sê dat daar twee gedagtestrominge ontwikkel het:²

Sommige, soos Ph Lotmar³ en R Schall⁴ het die wilsleer in geheel verwerp en wou selfs die onderskeid tussen regshandelinge en onregmatige daad oorboord gooi.

Andere het 'n gekorrigeerde wilsleer gevolg, wat tot 'n vertrouensleer of toerekeningsleer ontwikkel het. Hierdie skrywers ontwikkel die leerstuk dat die wilsleer die primêre grondslag van kontraktuele gebondenheid is, maar dat dit aangevul moet word deur gebondenheid aan die uiterlike en toerekenbare skyn van die wil.

Verskeie benaderingswyses, om laasgenoemde resultaat te bereik, word ontwikkel. O Bähr formuleer 'n beginsel wat in terme ooreenstem met die Anglo-Amerikaanse *estoppel by representation*-leerstuk.¹

¹ *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen* Rostock 1874.

² Vergelyk die ietwat ander siening van JM van Dunné *Normatiewe uitleg* 1971 op 314 ev in hierdie verband.

³ *Ueber causa im Römischen Recht; Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften* 1875.

⁴ *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft* 1877.

G Hartmann² voer dié gedagte verder en gebruik vir die eerste keer die term *Vertrauenstheorie*. Hierdie benaming is nie in die algemeen deur die Duitse jursite vir die leerstuk tans onder behandeling aanvaar nie – hulle het (verkeerdelik) verkies om die word *Erklärungstheorie* te gebruik.

Wat die kriterium vir toerekening betref, word meestal 'n beroep op objektiewe, skuldlose, aanspreeklikheid gedoen. So ontwikkel die risiko – of *Veranlassungsprinzip*, by o.a. Bähr, Schall en Bülow.³

Teen die laaste dekades van die negentiende eeu het die kampvegters van die wilsleer steeds duideliker ingesien dat 'n konsekwente deurvoering van die *consensus*-uitgangspunt, soos onder andere deur Von Savigny bepleit, onbillik kan werk. 'n Korrektief vir die *consensus*-uitgangspunt moet gevind word ten einde die teenparty se **vertroue** te beskerm en word toenemend in die *culpa*-beginsel gevind.

Dernburg,⁴ Hölder,⁵ Pininski,⁶ Regelsberger⁷ en Köhler⁸ leer almal dat die skuldige hom nie op *dissensus* kan beroep nie. In weerwil van *dissensus* is daar dus 'n *obligatio ex contractu* en wel soos dit deur die onskuldige party ingesien is.

¹ *Über Irrungen im Contrahieren* (1875) 14 Jherings Jahrbücher op 400: "Wer beim Contrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äussere Erscheinung seines Willens hervorruft, sodass der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und lauben darf, wird mit seiner Behauptung, dass ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, nicht gehört. Er haftet aus der äussere Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe."

² *Wort und Wille in Rechtsverkehr* (1882) 20 Jherings Jahrbücher op 1 edv.

³ *Das Geständnisrecht* 1899.

⁴ *Pandekten* Band 1 Berlin 1900 op 202 en 234.

⁵ *Institutionen* 2e uitg. Op 82.

⁶ *Der Tatbestand des Sachbesitzererwerbs nach Gemeinem Recht* Band II Leipzig 1888 op 409.

⁷ *Die Vorverhandlungen bei Verträgen* Weimar 1868 op 20.

⁸ *Ueber den Willen im Privatrecht* Jherings, Instit Band 28 op 226.

Ook Windscheid,¹ wat aanvanklik die wilsleer ongekorrigeerd wou deurvoer, moet later die onbillikheid van dié opvatting erken en beroep hom dan op die *culpa*-beginsel: die skuldige kan nie *dissensus* opwerp nie. Zitelmann² bereik dieselfde resultaat, weliswaar nie met 'n beroep op die *culpa*-beginsel nie, maar deur aan die regter die mag te gee om *alle Härten des Prinzips zu glätten, allen Forderungen des Lebens, allen Forderungen des Lebens, allen Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden*.

Dit het spoedig geblyk dat daar ook voorstanders van die nuwe leer is wat in plaas van die *culpa*-beginsel, eerder met risiko- of gevolgsaanspreeklikheid wil werk. Eisele³ en Kuhlenbeck⁴ voer die beginsels van die risiko-aanspreeklikheid terug na die Romeinse reg: Regelsberger⁵ en O Gierke⁶ meen dat dit 'n tipies Germanistiese leerstuk is. Unger⁷ meen weer dat dit die korrekte sedelikeidsmaatstaf vir die erkenning van 'n skadevergoedingsplig is.

Teen omstreeks 1890 was die stryd tussen die wilsteorie, die verklaringsteorie en die vertrouensteorie nog hoegenaamd nie uitgewoed nie. Ook het daar nog geen eensgesindheid onder die Duitse juriste bestaan of die verklaarder weens sy skuld, of weens die feit dat hy die skade veroorsaak het, of weens die feit dat hy die risiko van skade geskep het, aanspreeklik moet wees nie.

¹ *Lehrbuch des Pandektenrechts* 9e uitg. 1906 op 389 en *Wille und Willenserklärung* Leipzig 1878 op 34.

² *Jherings Jahrb.* Band 16 op 430 ev.

³ *Ueber Nichttigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten* (1887) *Jherings Jahrb.* Band 25 op 414 ev.

⁴ *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch* 2e deel Berlyn 1898 op 413.

⁵ *Handelsgeschäfte* in Endemanns, *Handbuch der gesamte Handelsrechts* Band II op 383. ev.

⁶ *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* Leipzig 1889 op 166 ev.

⁷ *Grünhut-Zeitschrift* Band 15 op 684 ev.

Ook was daar geen eensgesindheid of die verklaarder, wat volgens enigeen van bostaande criteria verwys kon word, *ex contractu* of *ex delicto* aanspreeklik moet wees nie. Tog word juis op hierdie stadium van onsekerheid tot kodifikasie van die Duitse privaatreë oorgegaan.

Die Duitse regs wetenskap soos dit ontwikkel het tot vóór die totstandkoming van die BGB, het dus in hoofsaak op die wilsleer gestaan, maar dit probeer korreger deur 'n meer objektiewe benadering, wat die beginsel van vertrouensbeskerming en die maatstawwe skuld, of risiko-skepping 'n rol wou laat speel.

Die Duitse BGB

In 1888 word die eerste ontwerp van die Duitse Bürgerliche Gesetzbuch gepubliseer. Onder invloed van veral Windscheid staan hierdie ontwerp op onderhawige gebied op die *consensus*-uitgangspunt, maar die vertrouensleer en die *culpa*-beginsel word as korrektief aanvaar. Paragraaf 98 van die ontwerp het bepaal dat indien die ware wil nie met die verklaring ooreenstem nie, die wilsverklaring nietig is. Paragraaf 99 bepaal egter dat indien daar growwe nalatigheid by die veroorsaker van die *dissensus* is, sy verklaring geldig is – met ander woorde, hy is gebonde aan sy verklaring en 'n kontrak kom tot stand *soos die ander party dit verstaan het*. Is daar egter nie growwe nalatigheid aan sy kant nie, maar **gewone** nalatigheid, bly die wilsverklaring nietig en kom geen kontrak tot stand nie. Die skuldige is dan verplig om die onskuldige se skade, bereken volgens sy negatiewe interesse, te verged.

Indien die teenparty self ook nalatig was, is daar nóg 'n kontrak nóg 'n skadevergoedingsplig.¹

¹ Par. 99 lui: “Die nach der Vorschrift des par. 98 für nichtig zu erachtende Willenserklärung ist gültig wenn dem Urheber derselben grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last welche keine grosse ist so haftet derselbe dem Empfänger für Schadensersatz nach Massgabe des par. III. Die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes finden keine Anwendung wenn der Empfänger den Irrtum kannte oder kennen musste.”

Hierdie ontwerp het sterk reaksie uitgelok en spoedig het teenontwerpe vir die oplossing van die *dissensus*-probleem die lig gesien.¹ Veral Gierke² het die *culpa*-beginsel skerp aangeval: dit is onduits en beskerm die misleide slegs indien die verklaarder skuldig is, terwyl hy van oordeel was dat die misleide in alle gevalle beskerm moet word.

Die tweede kommissie het toe gepoog om 'n kompromis te vind tussen al die verskillende uitgangspunte. Die ontwerp van die tweede kommissie is aanvaar en het deel geword van die BGB wat op 1 Januarie 1900 in werking getree het en sedertdien nog onveranderd geld.

Die tweede kommissie het besluit om nóg die wilsteorie uitsluitlik, nóg die verklaringsteorie uitsluitlik, aan te hang: om "*weder zu der einen noch zu der anderen positiv Stellung zu nehmen*".³ Die reëlins wat uiteindelik aanvaar is en weerspieël word in die BGB, staan nie duidelik op een van die twee standpunte nie, maar poog om 'n kompromis tussen die wilsteorie en die vertrouensteorie en die verskillende verwytd-standpunte te bewerkstellig.

Die kwessie van *dissensus* word op gefragmenteerde wyse in die BGB behandel, maar die hoofstroom van denke is dat ten spyte van die *dissensus* 'n kontrak tot stand kom soos deur objektiewe uitleg vasgestel. Dié party wie se werklike wil nie daarmee ooreenstem nie, kan dan dié kontrak tersyde laat stel, maar moet die teenparty se skade, bereken volgens negatiewe interesse, vergoed. Vir gemelde aanspreeklikheid word geen skuld vereis nie. Die Duitse reg staan dus objektiewe, skuldlose vertrouensbeskerming in die vorm van 'n verpligting tot skadevergoeding voor.

Die gevolg van die onvolledige ontwikkeling van duidelike insigte oor dwaling en *dissensus* in die stadium toe die BGB opgestel is, het klaarblyklik

¹ Vgl. Bähr Krit. Vierteljahrs Band 20 op 18 ev.; Zitelmann *Rechtsgeschäft* II op 10 ev.; Gierke a.w. bl. 165 ev.

² *Der Entwurf* 1889 op 165 ev.

³ Protokol 1 94.

negatiewe gevolge vir die kodifikasie gehad. In die eerste plek is dit opmerklik dat die hele veld van dwaling en *dissensus* nie volledig, logies en onderling samehangend behandel is nie. In die tweede plek is dit ook opvallend dat daar geen dogmaties-konsekwente gedagterigting is nie. Daar is 'n verwarring tussen dwaling en *dissensus* en in sommige gevalle speel skuld 'n rol, in andere weer nie.

In hoofsaak word die probleem van dwaling waarby sommige gevalle van *dissensus* ingesluit is, in paragraaf 119 van die BGB behandel. Ander gevalle van *dissensus* word in paragraaf 155 van die BGB gereël en daarbenewens tref ons oor die hele gebied van die privaatreë en die handelsreg ook nog spesifieke wetsbepalings aan wat brokstukke van dwaling en *dissensus* reël. Vir my doeleindes kan nie ingegaan word op al die besondere reëlings nie, maar ek sal wel op die belangrikste daarvan wys.

Ek behandel dan die belangrikste gevalle van *dissensus* soos volg:

Reservatio mentalis

Paragraaf 116 BGB reël die gevalle van *Geheimer Vorbehalt* of *reservatio mentalis*. Die kontrak gesluit met geheime voorbehoud deur een van die partye is nie nietig nie, want die verklaarder word aan sy verklaring gebonde gehou en kan nie op sy afwykende wil terugval nie.¹ Indien die teenparty egter bewus was van die geheime voorbehoud, dan is die ooreenkoms nietig.²

Skertsverklarings

Paragraaf 118 BGB bepaal dat 'n nie-ernstig bedoelde wilsverklaring, afgelê met die verwagting dat die geadresseerde nie van die gebrek aan erns

¹ Soergel-Siebert 386: "Jedenfalls ist der Erklärende bei geheimem Vorbehalt nicht schutzwürdig. Er muss zu seinem Wort stehen."

² Par. 116 BGB: "Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt."

onbewus sal wees nie, nietig is.¹ Die paragraaf bring mee dat waar 'n verklaring in skerts afgelê is, en die verklaarder nie ver wag het dat sy *skerts* die teenparty sal mislei nie, die verklaarder toegelaat word om sy werklike wil te bewys en die vertroue van sy teenparty te vernietig.²

Interessant is dat paragraaf 122 BGB ook geld vir die gevalle waar die skertsende kragtens paragraaf 118 BGB nietigverklaring van die skynnooreenkoms verkry het. Hierdie paragraaf bepaal dat die verklarende party (dit wil sê die skertsende) verplig is om die negatiewe interesse van die teleurgestelde geadresseerde te vergoed, afgesien daarvan of die verklaarder skuldig was of nie. Die verklaarder word van hierdie verpligting onthef slegs indien die geadresseerde bewus was of redelikerwys van die skerts bewus moes gewees het.³

Erklärungsirrtum en Inhaltsirrtum

Hierdie twee gevalle word gedek deur paragraaf 119(1) BGB.⁴ Die paragraaf bepaal dat die persoon wat by die maak van 'n wilsverklaring oor die inhoud

¹ Par. 118 BGB: *"Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht erkannt werden, ist nichtig."*

² Soergel-Siebert a.w. 391.

³ Par. 122 BGB (1): *"Ist eine Willenserklärung nach par. 118 nichtig oder auf Grund der par. 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat."*

(2) *"Die Schadenersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)."*

⁴ Par. 119 BGB lui soos volg: *"(1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung diese Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde."*

(2) *"Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden."*

daarvan gedwaal het, of wat 'n verklaring met die betrokke inhoud glad nie wou afgegee het nie, die verklaring kan aanveg wanneer dit aanvaar kan word dat hy by kennis van die stand van sake of by beter beoordeling van die geval nie die verklaring sou wou afgegee het nie.¹

Hierdie paragraaf behandel dus die gevalle waar die wilsverklarings van die partye ooreenstem, maar een van hulle se verklaring stem nie met sy eie wil ooreen nie.² Die verklaring moet objektief uitgelê word om te bepaal wat dit vir die teenparty beteken het. Stem die verklaarder nie saam nie, geld paragraaf 119.³

Dit is baie duidelik dat die filosofie en uitgangspunt agter paragraaf 119 (1) die volgende is: Daar word na die aangeleentheid gekyk slegs uit die oogpunt van 'n eensydige wilsverklaring. Daar word dan gesê dat as die aflegger van die verklaring hom misgis het oor die inhoud daarvan, of as hy die verklaring met daardie inhoud glad nie wou afgee nie, hy die verklaring kan aanveg weens sy dwaling⁴ - dit wil sê as dit aanvaar kan word dat hy met volledige kennis en oorweging van die aangeleentheid die verklaring nie sou afgegee het nie. Dit lyk dus asof die uitgangspunt 'n eensydige verklaringsteorie is, gekoppel aan 'n baie wye en eintlik onbepaalde bevoegdheid om die verklaring tot niet te maak. Weliswaar dek paragraaf 119 (1) nie motiefdwaling nie, want die dwaling wat vereis word, is ten aansien die inhoud van die wilsverklaring, maar volgens die woorde van paragraaf 119 (1) word 'n verreikende aanvegtingsbevoegdheid aan die dwalende gegee. Paragraaf 119 (1) gaan dus nie van 'n kontrak as vertrekpunt uit nie, maar behandel die

¹ Dr. Othmar Jauernig *Bürgerliches Gesetzbuch* 6de uitg. C.H. Beck München 1991 op 57 verduidelik dan ook dat par. 119(1) gevalle dek van onbewuste verskille (*auseinanderfallen*) van wil en verklaring. Sien ook Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* Band 7 51ste uitgawe C.H. Beck, München 1992 ad par. 119, wat meen dat die oplossing problematies is, maar dat die alternatiewe skaars meer oortuigend is.

² Jauernig *BGB* 1991 op 57.

³ Walter Erman *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* 1e band 8e uitg. Aschendorff, Münster, 1989 op 182.

⁴ Jauernig *BGB* 1991 op 57 ev.

eensydige wilsverklaring. Hierdie insig word inderdaad bevestig deur paragraaf 122 BGB wat uitdruklik bepaal dat indien die wilsverklaring aangeveg word op grond van paragraaf 119, moet die verklaarder daardie skade vergoed wat die teenparty, of 'n derde, gely het deurdat die teenparty of die derde op die geldigheid van die verklaring vertrou het.¹ Hierdie skadevergoedingsplig tree egter nie in wanneer die benadeelde van die aanvegbaarheidsgrond bewus was of as gevolg van nalatigheid nie daarvan bewus was nie. 'n Mens het dus 'n kombinasie van die verklarings- en die vertrouensteorieë.²

Dit volg dus dat die dwaling vermeld in paragraaf 119 blote eensydige wilsverklarings, maar ook indirek kontraktuele wilsverklarings dek.³ Steeds is die grondslag van die aanvegbaarheid die verklaarder se eie dwaling. Die prys wat hy moet betaal vir aanvegting is 'n skadevergoedingsplig wat, luidens paragraaf 112 BGB nie van enige skuld aan sy kant afhanklik is nie. Die verklaarder wat sy verklaring aanveg en daarmee die kontrak vernietig, word van die skadevergoedingsplig vrygestel slegs as die teenparty van die dwaling bewus was of as 'n redelike persoon daarvan bewus moes gewees het, met ander woorde hy het nie of moes redelikerwys nie op die verklaring vertrou het nie.

Welke gevalle word nou gedek deur paragraaf 119(1)? Larenz⁴ toon twee gevalle aan:

- (i) die verklaarder wou nie 'n verklaring met die bepaalde inhoud aflê nie; (*Irrtum im Erklärungsakt; Irrung; Erklärungsirrtum*); en
- (ii) die verklaarder het by die aflegging van die wilsverklaring oor die inhoud daarvan gedwaal. (*Inhaltsirrtum*).

¹ Jauernig *BGB* 1991 op 58.

² Vgl. ook die goeie verduideliking van Erman *Handkommentar* 1989 op 182.

³ Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* 1983 op 375.

⁴ *Lehrbuch* 1983 op 360.

Maar, toon hy aan, kwalitatief is daar geen verskil tussen die twee gevalle nie. Die uitdrukking *Erklärungsirrtum* sou beide gevalle pas, want die verklaarder het, óf weens foutiewe woorde óf deur 'n foutiewe opvatting, iets anders verklaar as wat hy wou verklaar het en geglo het hy verklaar. Die dwaling ter sprake is dus by die verklaarder oor sy eie verklaring, naamlik in hoe dit afgelê is of hoe dit teen hom sal geld.

Erklärungsirrtum

Onder *Erklärungsirrtum* tel die Duitse skrywers en howe hoofsaaklik die gevalle van verspreking, verskryf, of die ondertekening van 'n dokument wat nie die beoogde bedinge bevat nie, óf van 'n boodskap of verklaring wat verkeerd oorgebring word.¹

Erklärungsirrtum is dus niks anders as 'n aantal gevalle van *dissensus* nie. Die *dwaling* is nie die relevante feit nie, maar wel dat die wil en verklaring by die verklaarder nie ooreenstem nie, met die uiteindelijke gevolg dat 'n skyn van *consensus* tussen die partye ontstaan, waar daar inderdaad geen *consensus* is nie.²

Die effek van *Erklärungsirrtum* (en *Inhaltsirrtum*) is nie dat die verklaring nietig is nie, maar dat dit vernietigbaar is. Totdat dit aangeveg word, is dit geldig. Word dit met sukses aangeveg, is dit van meet af aan met terugwerkende krag kragteloos.³

Inhaltsirrtum

¹ Sien Soergel-Siebert aw. 394 ev.; Staudinger *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Schweitzer Verlag Berlyn 12 uitgawe 1988 op 629 ev.

² Staudinger *Kommentar* 1988 op 630.

³ Art. 142(1) BGB; Larenz *Lehrbuch* 1983 op 360, 375.

Vervolgens moet gekyk word na inhoudsdwaling oftewel *Inhaltsirrtum* waarvoor paragraaf 119 ook voorsiening maak. In teenstelling met verklaringsdwaling stem, in hierdie gevalle, die uiterlike beeld van die wilsverklaring ooreen met die bedoeling van die verklaarder. Die interpretasie wat egter aan die verklaring gegee word vanuit die oogpunt van die ontvanger daarvan en wat objektief vasgestel word, wyk af van die wil van die verklaarder. *Daar is derhalwe 'n wanvoorstelling deur die verklaarder van die objektiewe en regtens werksame inhoud van sy verklaring.*¹

Inhoudsdwaling kan by die aanbieder lê, maar ook by die ontvanger. So byvoorbeeld kan die akseptant die aanbod aanvaar, maar hy misgis hom oor die objektiewe betekenis van daardie verklaring. 'n Mens het hier te doen met misverstand. Hy dink dat sy toestemmingshandeling sy wil korrek uitdruk, maar in werklikheid stem hy toe tot 'n verklaring wat, objektief uitgelê, iets anders beteken het as wat hy gedink het dit beteken.

Primêr aan die hele kwessie van inhoudsdwaling is derhalwe die interpretasie van die wilsverklaring. Die heel eerste stap is dat die wil van die partye vasgestel moet word,² deur gewone uitleg. Is dit duidelik dat die partye, welke woorde ookal gebruik is, mekaar wel korrek verstaan het, dan kom daar 'n kontrak tot stand. Die skoolvoorbeeld is RGZ 99, 147 waar die twee partye 'n koopkontrak oor *Haakjöringsköd* gesluit het, welke woord objektief *haaivleis* beteken, maar die partye het mekaar wel deeglik verstaan dat die kontrak oor *walvisvleis* gaan. In hierdie geval is daar geen dwaling nie en kom die kontrak soos hulle mekaar verstaan het, tot stand.³

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 1110; Jauernig *BGB* 1991 op 58; Erman *Handkommentar* 1989 op 186.

² Larenz *Lehrbuch* 1983 op 360: "Da ein Inhaltsirrtum nur dann vorliegt, wenn die normativ massgebliche Bedeutung von der vom Erklärenden selbst gemeinten abweicht, ist die Erklärung **vor** der Feststellung eines Inhaltsirrtums normativ auszulegen. Das Ergebnis der normativen Auslegung ist sodann mit der vom Erklärenden gemeinten Bedeutung zu vergleichen." Jauernig *BGB* 1991 op 57; "Auslegung geht Anfechtung vor." Erman *Handkommentar* 1989 op 183; 186.

³ *Münchener Kommentar* 2001 op 1111; Larenz *Lehrbuch* 1983 op 361; Erman *Handkommentar* 1989 op 183.

'n Ander voorbeeld: Een van die partye maak in sy verklaring 'n fout. So byvoorbeeld verklaar die verkoper dat hy die voertuig wil verkoop vir DM 1 000. Hy het bedoel om te sê DM 10 000 en die koper het geweet, of moes geweet het dat hy DM 10 000 bedoel. Indien die koper nou die aanbod sogenaamd aanvaar vir DM 1 000, dan is dit hy wat dwaal en as hy uit die kontrak wil terugtree, moet hy skadevergoeding betaal.¹

Wat paragraaf 119 (2) betref, hoef ek nie in te veel besonderhede in te gaan nie. Dit wentel hier om 'n wetlike reëling wat bepaalde gevolge aan eienskapsdwaling toeskryf en dit met die hierbogenoemde twee gevalle van *dissensus* vereenselwig. Volgens alle kommentare het hierdie gelykstelling vir die wetenskap en die praktyk groot probleme geskep en het die wetlike reëling inderdaad misluk.²

Wanneer 'n verklaring ingevolge paragraaf 119 aangeveg word, moet dit ook vasstaan dat die dwalende die verklaring by volledige kennis van die omstandighede en verstandige oorweging van die geval nie sou afgegee het nie. Die dwaling moet om daardie rede nie net subjektief kousaal gewees het nie, maar ook objektief, waarby die wetlike reëling die normatiewe maatstaf van die redelike persoon aanwend. Dit beteken nie dat die persoonlike verhouding en omstandighede van die dwaler nie ook in aanmerking geneem sal word nie. Die wetgewer wil daarmee bloot die subjektiewe buie of opvattinge van die dwalende van beskerming ontnem.³

Hy wat die verklaring wil aanveg onder paragraaf 119 dra die bewyslas ten opsigte van sowel die dwaling as feite wat op die kousale samehang tussen die dwaling en die verklaring wys, waaruit die gevolgtrekking gemaak kan

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 1111.

² Sien Jauernig *BGB* 1991 op 59 wat dit beskou as 'n geval waar motiefdwaling as uitsondering relevant geag word. Besonderhede aldaar, ook by Palandt *BGB* 1992 ad par. 119 no. 6.

³ *Münchener Kommentar* 2001 op 1126; Larenz *Lehrbuch* 1983 op 361.

word dat die aanvegtende by volledige kennis van die omstandighede en verstandige oorweging die verklaring nie sou afgegee het nie.

'n Aanvegting weens dwaling ingevolge paragraaf 119 kan ook uitgesluit word omdat dit botsend met die *Treu und Glauben* sou wees. Artikel 25 (2) van die Switserse OR sluit 'n beroep op dwaling uit wanneer die teenparty homself bereid verklaar om die kontrak te laat geld soos die dwalende dit vir hom voorgestel het. Duitse skrywers meen dat dit die korrekte houding is. Die dwalende sou hom inderdaad aan 'n *venire contra factum proprium* skuldig maak indien hy nie die kontrak sou aanvaar nie. In die tweede plek val 'n beroep op dwaling weg weens die *Treu und Glauben* by deurlopende skuldverbintenisse wanneer die dwaling wel aanwesig was op die oomblik van kontraksluiting, maar sy betekenis in die loop van die kontrakuitvoering verloor het. Dit is byvoorbeeld die geval wanneer 'n vennoot in wesenlike dwaling verkeer het oor die eienskappe van sy mede-vennoot, maar die mede-vennoot intussen gesterf het en sy seun sy plek ingeneem het met die toestemming van die dwalende. Daar is geen beskermingswaardige interesse meer nie en 'n beroep op paragraaf 119 sou neerkom op 'n regsmisbruik. Dieselfde geld by arbeidsverhoudinge.¹

Paragraaf 120 BGB behandel die geval waar 'n tussenpersoon die verklaring verkeerd oordra. Paragraaf 119 geld ook dan.² Paragraaf 121 bepaal dat aanvegting onverwyld moet plaasvind en dat dit in elk geval na 30 jaar verjaar.³

Die skadevergoedingsplig kragtens paragraaf 122

Dit bring my dan by paragraaf 122. Hierdie paragraaf bepaal dat indien 'n wilsverklaring volgens paragraaf 118 nietig is, of ingevolge paragraaf 119 of

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 1126.

² Larenz *Lehrbuch* 1983 op 366; Jauernig *BGB* 1991 op 60; Erman *Handkommentar* 1989 op 194-5.

³ Larenz *Lehrbuch* 1983 op 374.

paragraaf 120 aangeveg word, dan moet die verklaarder wanneer hy die verklaring teenoor 'n ander persoon afgegee het en in elk geval teenoor elke derdeparty, daardie skade vergoed wat die ander persoon of die derdeparty gelyk het, deurdat hy op die geldigheid van die verklaring vertrou het, maar nie hoër as die bedrag van die *interesse* wat die teenparty of die derde persoon aan die geldigheid van die verklaring gehad het nie. Die skadevergoedingsplig tree ook nie in wanneer die benadeelde die grond vir nietigheid of aanvegbaarheid geken het of weens nalatigheid nie daarvan bewus was nie. *Die grondslag van die skadevergoeding wat betaal moet word, is te vinde in die verwekking van 'n vertroue op die geldigheid van die wilsverklaring.*¹ In die eerste ontwerp van die BGB was nog sprake van Jhering se *culpa in contrahendo* aangesien dit steeds nalatigheid aan die kant van die aanvegter vir die skadevergoedingsplig verlang het. In die tweede ontwerp word hierdie delikbeginsel ten gunste van die *Veranlassungsprinzip* verwerp. Die onskuldige party moet dus onder alle omstandighede kan verlang dat die veroorsaker, omdat die verklaring slegs aan hom toe te reken is, die nadeel moet dra. Is altwee die partye skuldloos, dan is die ontvanger van die verklaring nog *onskuldiger* as die dwalende. So word dit uitdruklik in die verduideliking vir die tweede ontwerp gestel.² Hierdie verklaring van die aanspreeklikheid onder paragraaf 122 deur die *Veranlassungsprinzip* is nog die heersende verduideliking.³ Maar skrywers soos Flume, Canaris en Krotz kritiseer hierdie uitgangspunt. Hulle meen dat oorsaaklikheid sonder meer vir 'n genuanseerde regsbeslissing niks kan verklaar nie. Die beroep op veroorsaking alleen beteken inderwaarheid die afwesigheid van 'n toerekeningsnorm. Canaris meen dat paragraaf 122 verklaar kan word aan die hand van die feit dat die gebrek in die verklaring net uit die sfeer van die

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 1159; *Erman Handkommentar* 1989 op 197.

² Sien Otto von Gierke *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht* 1889 op 167.

³ *Münchener Kommentar* 2001 op 1160; Jauernig *BGB* 1991 op 62 verklaar wel dat dit gaan om vergoeding van *Vertrauensschaden* oftewel negatiewe *interesse*, maar sê nie wat die grondslag van die reëling is nie. *Erman Handkommentar* 1989 op 197 verwys na die *Veranlassungsprinzip*: "Dieser Anspruch besteht unabhängig vom Verschulden des Erklärenden. Der Grund für diese Haftung nach dem Veranlassungsprinzip liegt in der Risikoverteilung; der Mangel der Erklärung gehört zum Bereich des Erklärenden." *Palandt BGB* 2001 ad par. 122 no. 1.

dwaler stam, omdat dit slegs hy is wat die dwaling en daarmee ook terselfdertyd die gevaar van die verwekking van 'n valse vertroue kan beheer.

Dit is in elk geval duidelik dat die aanspreeklikheid volgens paragraaf 122 glad nie van skuld afhanklik is nie en dus nie 'n geval van *culpa in contrahendo* is nie.¹ In die algemeen kan die skuldige aflê van 'n dwalende verklaring wel as *culpa in contrahendo* aangesien word, maar dan volg 'n skadevergoedingsplig wat nie onder paragraaf 122 beregbaar is nie.² Daarenteen kan die aanvegter ook 'n vergoedingsplig vir skadevergoeding teen sy teenparty hê uit hoofde van *culpa in contrahendo* wanneer dit die teenparty is wat hom skuldig laat dwaal het.³

Die aanspraak om skadevergoeding geld vir die vertrouensskade, dit wil sê, vir negatiewe interesse. Dit beteken dat die onskuldige ekonomies in die posisie gestel moet word waarin hy sou gewees het as hy nie op die geldigheid van die verklaring vertrou het nie. Dit omvat dus in die eerste plek die vergoeding van die onkoste en uitgawes, veroorsaak deur die sluiting van die kontrak of met die uitvoering van die kontrak. Dit sluit verder in verlore wins wanneer in die vertroue op die geldigheid van die huidige kontrak 'n ander gunstige aanbod van die hand gewys is. Dit sluit ook in die koste van prestasies wat reeds gelewer is. Die onskuldige kan egter deur die wegval van die verklaring nie in 'n beter posisie geplaas word as wat hy sou wees as by geldigheid van die verklaring nie. Paragraaf 122(1) begrens dus die

¹ Sien bespreking by *Münchener Kommentar* 2001 op 1161 ev.; Erman *Handkommentar* 1989 op 197.

² Erman *Handkommentar* 1989 op 198 toon dan ook aan dat par. 119 nie 'n beroep op *culpa in contrahendo* uitsluit nie en dat aanwesigheid van *culpa in contrahendo* ook nie 'n beroep op par. 119 uitsluit nie. Hy toon aan dat die huidige opvatting is dat *culpa in contrahendo* die benadeelde op *vervullingsinteresse* geregtig maak; die begrensing van par. 122 is dus nie op gevalle van *culpa in contrahendo* oordraagbaar nie. Palandt *BGB* 2001 op ad. par. 122 no. 1, stem hiermee saam.

³ *Münchener Kommentar* 2001 op 1161.

aanspraak van die vertrouensskade tot die peil van die vervullingsinteresse, dit wil sê die eiser kan verhaal welke een van die twee bedrae die minste is.¹

Die onskuldige is egter nie geregtig op vergoeding van skade wanneer daar geen beskermingswaardige vertroue was nie. Paragraaf 122(2) sê uitdruklik dat hy nie op skadevergoeding geregtig is indien hy die nietigheids- of aanvegtingsgronde geken het of moes geken het nie.² Daar is natuurlik ook geen skadevergoedingsplig wanneer dit die onskuldige is wat die dwaling veroorsaak het nie. Die *exceptio doli generalis* staan so 'n aanspraak in die weg.³ Daar is ook geen skadevergoedingsplig in die geval van 'n wedersydse dwaling oor die subjektiewe *Geschäftsgrundlage* nie, dit wil sê oor die feitlike grondslag waarop die kontrak gebaseer is.⁴

Versteckter Dissens

A en B gaan 'n ooreenkoms aan, wel wetende dat hulle nie oor bepaalde aspekte ooreenstem nie. In die Duitse reg word hierdie gevalle openlike *dissensus (offener Dissens)* genoem en is daar geen afdwingbare kontrak nie.⁵ Selfs indien daar twyfel bestaan, is daar geen kontrak nie. Paragraaf 154.1 BGB reël dié geval uitdruklik. Daarenteen gebeur dit dikwels dat die partye meen dat hulle 'n volledige kontrak gesluit het, terwyl hul inderdaad nie 'n volledige ooreenkoms gesluit het nie, byvoorbeeld weens misverstand of

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 1162. Vir volledige bespreking sien Larenz *Lehrbuch* 1983 op 377; Erman *Handkommentar* 1989 op 197-8.

² Sien bespreking by Larenz *Lehrbuch* 1983 op 376; Erman *Handkommentar* 1989 op 198.

³ RGZ 81, 395; Larenz *Lehrbuch* 1983 op 376.

⁴ *Münchener Kommentar* 2001 op 1163. Sien hieroor Larenz *Lehrbuch* 1983 op 380 ev. Oor die leerstuk van *Geschäftsgrundlage* sien ook Ludwig Häsemeyer, *Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit*, in *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Weitnauer* Duncker & Humblot Berlin 1980 op 67-84. Sien ook Malte Dieselhorst, *Die Geschäftsgrundlage in der neuen Rechtsentwicklung*, in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Ringvorlesung von Professoren der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen uitg. U Immenga, O Schwartz & Co. Göttingen 1980 op 153-169.

⁵ Dieter Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* CF Müller Heidelberg 6e uitg. 1994 op 163; *Münchener Kommentar* 2001 op 1112; Erman *Handkommentar* 1989 op 344.

dubbelsinnige verklarings. Dit gaan hier om verborge *dissensus* (*versteckter Dissens*).¹ In hierdie geval stem die twee wilsverklarings, behoorlik uitgelê, nie ooreen nie, byvoorbeeld weens misverstand, maar die partye is nie van dié probleem bewus nie.²

Volgens die skrywers³ kan *versteckter Dissens* in twee gevalle ontstaan.

- (i) Die verklarings van die partye was onvolledig, omdat die partye 'n sekere term vergeet het. Hulle glo dat hulle daarvoor eens is, maar is dit in werklikheid nie.
- (ii) Die verklarings van die partye dek mekaar, nadat objektiewe uitleg toegepas is, netso min as wat hulle wille mekaar dek, maar hulle het gemeen dat hulle dit met mekaar eens is. Von Tuhr⁴ noem as voorbeeld: Die Weense Handelshuis bied handskoene aan 'n Switserse handskoenhandelaar, teen 18 fl. (Oostenrykse gulde) per dosyn te koop. Die Switserse handskoen-handelaar verstaan dat die prys in franke genoem is en bestel 'n aantal dosyn teen 18 fr. (franke). Die Weense handelshuis ontdek nie die misverstand nie en versend die handskoene. Elke party se verklaring is in ooreenstemming met sy wil, maar nóg die wil, nóg die verklaring stem ooreen.

In verband met *versteckter Dissens* moet regs kundig twee gevalle onderskei word.

- (a) Die partye het inderdaad nie oor sekere aspekte, waarvoor wilsooreenstemming *nie essensieel* is *nie*, ooreengekom nie. Die

¹ Dieter Medicus *Allgemeiner Teil* op 163 ev.

² Jauernig *BGB* 1991 op 57; *Münchener Kommentar* 2001 op 1112 ev.; Erman *Handkommentar* 1989 op 344.

³ Vgl. Staudinger *Kommentar* 1988 op 904.

⁴ *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* Duncker en Humblot 1957 par. 62 opm. 176.

ooreenkoms maak dus wel sin dog sonder ooreenkoms oor die bepaalde aspekte.

Paragraaf 155 BGB geld in hierdie gevalle: Die kontrak kom tot stand oor die aangeleenthede waarvoor ooreengekom is, indien dit bevind kan word dat die ooreenkoms ook sonder 'n ooreenkoms oor dié punte (wat oopgelaat is) gesluit sou gewees het.¹

Om te bepaal of daar *dissensus* is in die sin hierbo bedoel, moet die verklarings van die partye deur *uitleg* vasgestel word.² Wanneer slegs die nie-uitgesproke wil van een party afwyk van dit wat verklaar is, is daar geen *dissensus* nie. So ook nie wanneer die wil van A afwyk, oor hierdie aspek, van die deur uitleg vasgestelde bedoeling van B nie. Daar is in sodanige gevalle geen *dissensus* nie, maar 'n kontrak soos B dit ingesien het. A kan dit onder paragraaf 119 aanveg, maar moet dan skadevergoeding ingevolge paragraaf 122 betaal.

Wat is die posisie as daar wel *dissensus* is en dus geen kontrak nie - met ander woorde as volgens paragraaf 155 bepaal word dat die partye nie die kontrak sou gesluit het sonder ooreenkoms oor die besondere aspekte nie? In so 'n geval is daar weens die bepalings van paragraaf 155 self geen kontrak nie en dus geen kontraktuele aanspreeklikheid nie. Is daar 'n skadevergoedingsplig? Hierdie aspek word nie in die BGB gereël nie. In die regspraak is die vraag egter instemmend behandel. In RGZ 104 op 165 is beslis dat daar wel 'n skadevergoedingsplig na analogie van paragraaf 122 BGB is, maar daar is nie bepaal of hierdie aanspreeklikheid werklik, soos paragraaf 122 BGB bepaal, onafhanklik van die skuldvraag intree nie.

¹ Par. 155 BGB: "Haben sich die Parteien bei einem Verträge, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde."

² Erman *Handkommentar* 1989 op 344.

In die literatuur bestaan daar in hierdie gevalle twee denkskole oor die grondslag van die skadevergoedingsplig: Enersyds meen Flume en Kramer dat daar geen vergoedingsplig moet wees nie, omdat elke onderhandelaar die risiko van die inhoud (volledigheid, korrektheid) van sy wilsverklaring self moet dra.¹ Andere, soos Staudinger-Dilcher² argumenteer dat daar wel 'n skadevergoedingsplig kan wees, maar dan slegs op grond van *skuld*, in die sin dat daar 'n plig is om deur duidelike uitdrukking wanopvattinge (en gevolglike skade) by die teenparty te vermy.³

- (b) Die partye het nie oor sekere essensiële bedinge ooreengekom nie. Hierdie geval van *versteckter Dissens* word soms *Totaldissens* genoem.⁴

Die gevolge is duidelik: Daar is geen kontrak nie.⁵ Die beweerde *dissensus* in hierdie gevalle word ook deur uitleg bepaal.⁶ Medicus noem die volgende skoolvoorbeeld: Twee partye kom oor 'n koopprys in franke ooreen. Word daarmee Switserse of Franse franke bedoel? Die benaderingswyse is: wat beteken die verklarings van die partye, *normatief* beoordeel? Mens kyk na faktore soos burgerskap of domisilie van die partye, die plek van kontraksluiting of van uitvoering van die kontrak en enige ander relevante omstandighede. Slegs wanneer die aldus, deur-uitleg-vasgestelde-betekenis nie die wilsverklarings dek nie, is daar *dissensus*. Hierdie leemte kan nie deur die positiewe regsreëling aangevul word nie.

¹ So die *Münchener Kommentar* 2001 op 1159 ev.

² Para. 155 RZ 16 F, L M.

³ Sien Medicus *Allgemeiner Teil* 1994 op 200 ev.

⁴ *Münchener Kommentar* 2001 op 1159.

⁵ Jauernig *BGB* 1991 op 105; Erman *Handkommentar* 1989 op 341, 345.

⁶ Jauernig 1991 *BGB* op 105; Erman *Handkommentar* 1989 op 344.

Medicus¹ meen gevolglik dat RGZ 104, 265 dan verkeerd beslis is. V en K onderhandel telegrafies oor die prys van wynsteensuur. Eers later blyk dat beide partye wou verkoop. Die hof bevind dat daar *dissensus* was, omdat uit die verwisselde telegramme nêrens blyk wie wou verkoop en wie wou koop nie. Medicus meen dat dit alleen 'n korrekte afleiding is indien mens jou beperk tot die woorde van die telegramme beperk. Gaan mens buite die telegramme, na wat voorheen gebeur het, blyk duidelik dat een van die partye, V, 'n verkoper was en op die ander party, K, se versoek aan hom 'n pryslys gestuur het. V kon dus K se telegram van aanvaarding as die sluiting van 'n koopkontrak, met K as koper, gesien het. As K dus wou terugtree weens paragraaf 119 BGB, kon hy dit alleen doen onder sanksie van betaling van skadevergoeding ingevolge paragraaf 122 BGB.

Ook in geval van nietigheid weens *Totaldissens* ontstaan die vraag van 'n skadevergoedingspligtigheid. RGZ 104, 265 beteken dat na analogie van paragraaf 122 daar wel so 'n plig is, maar die vraag, of dit werklik intree onafhanklik van skuld, word nie beantwoord nie. Soos reeds hierbo genoem, is daar in die literatuur twee denkskole: Flume *et al* wat meen dat dit nie aanvaarbaar is nie, teenoor Staudinger-Dilcher wat meen dat dit in geval van die skuld (*culpa*) van een party wel kan intree.² Siebert meen weer dat die teleurgestelde party skadevergoeding, bereken volgens negatiewe interesse, van die nalatige teenparty kan vorder. Indien albei partye nalatig was, byvoorbeeld waar die een nalatiglik 'n dubbelsinnige verklaring afgelê het en die ander dit op nalatige wyse verkeerd interpreteer het, behoort, volgens Soergel-Siebert, die bepaling van paragraaf 254 BGB te geld. Die artikel hou die algemene beginsel in dat waar die skuld van die benadeelde meegewerk het aan die skadeveroorsaking, die skadevergoedingsplig van die verweerder bepaal word na gelang van die mate van skuld by die onderskeie partye.³

¹ *Allgemeiner Teil* op 200 ev.

² Ook Jauernig *BGB* 1991 op 106; Erman *Handkommentar* 1989 op 345 ev.

³ Sien ook Larenz *Lehrbuch* 1983 op 376 wat dieselfde beginsel by aanvegting onder par. 119 wil toepas; ook Jauernig *BGB* 1991 op 106 wat meen dat in geval van wedersydse skuld, daar geen skadevergoedingsaanspreeklikheid is nie.

Samevattend oor die Duitse reg

Die wils-vertrouensleer geld in die Duitse reg, maar anders as in die Nederlandse reg. By verspreking e.d.m. is daar geen kontraktuele gebondenheid nie, maar moet die party wat die skyn van *consensus* veroorsaak het, die ander party se skade wat daardeur veroorsaak is, vergoed, afgesien daarvan of die veroorsaker skuldig was of nie. By misverstand is die kontrak nietig, en is daar moontlik 'n skadevergoedingsplig, maar dan slegs as die een party op skuldige wyse die skyn van *consensus* veroorsaak het. Dit volg uit die algemene beginsel van deliktuele aanspreeklikheid in die Duitse reg, wat skuld as voorvereiste stel.

Die Engelse reg

Net soos in die oud-Romeinse reg, was daar in die Engelse reg tot in die negentiende eeu 'n innige verband tussen die kontrak as substantiewe regsinstelling en die aksies wat geskep is om gevolg daaraan te gee. Die aksievorme en die prosesregtelike beperkinge wat daaruit voortgespruit het, het dan ook in Engeland die ontwikkeling van die kontrakbegrip tot in die negentiende eeu wesenlik beïnvloed. Vervolgens behandel ek kortliks die geskiedenis van die aksievorme.

Die literatuur oor hierdie onderwerp is uitgebreid en nie altyd eenstemmig nie.¹ Vir 'n goeie begrip van die aksiestelsel van toepassing op kontrakte,

¹ Ek het geraadpleeg AWB Simpson *A History of the Common Law of Contract – The Rise of the Action of Assumpsit* Clarendon Press Oxford 1975; SFC Milsom *Historical Foundations of the Common Law* 2e uitg. Butterworths London 1981; CHS Fifoot *History and Sources of the Common Law* Stevens and Sons London 1949; Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001; WS Holdsworth *A History of English Law* 2e uitg. 1937 vol. 5; DW Greig en JLR Davis *The Law of Contract* Law Book Co. Sydney 1987; E Allan Farnsworth *Contracts* Little Brown & Co Boston 2e uitg. 1990. Ansons *Law of Contract* 28th ed. by J Beatson Oxford Univ. Press Oxford 2002 op 10-19; PS Atiyah *Law of Contract* 1996 en *The Rise and Fall of Freedom of Contract* Clarendon Press Oxford 1979. Baker *Introduction to English Legal History* 4e uitg. Butterworth London 2002 op 360-426; AH Manchester *A modern legal history of England and Wales 1750-1950* Butterworths London 1980.

moet mens in gedagte hou dat daar in middeleeuse Engeland eintlik twee stelsels van substantiewe en formele reg lang mekaar bestaan het. Enersyds was daar die *common law* wat deur die howe van die koning toegepas en afgedwing is; andersyds was daar die reg van die mark wat deur plaaslike howe toegepas en afgedwing is.

In die *jus mercatoria* van Engeland gedurende die middeleeue is informele beloftes wat vormloos¹ tot stand gekom het, vrylik afgedwing.² Die stelsel van informele howe en aangeleentheid wat daarmee verband hou, word die beste deur Fifoot beskryf.³ Hy verklaar dat die soort sake, voortspruitende uit kontrak, wat deur daardie howe verhoor is, talryk en wyd uiteenlopend was. Koopkontrakte was dikwels die onderwerp van gedinge.⁴

Daarenteen was die reg wat is in die *common law*-howe toegepas formalisties en het dit nie vir informele ooreenkomste van die mark gegeld nie. Reeds in 1180 word in die *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* ('n werk wat aan Glanvil toegeskryf word) verwys na *contracts which are based on the consent of private persons* en word ten aansien daarvan verklaar ... *it is not the custom of the court of the lord king to protect private agreements, nor does it even concern itself with such contracts as can be considered to be like private agreements.*⁵

Die belangrike punt is egter dat die *common law*, net soos die Romeinse reg, van die standpunt uitgegaan het dat nie alle beloftes of kontrakte afdwingbaar is nie en dat net soos in die Romeinse reg die afdwingbaarheid van 'n

¹ By parol.

² Greig en Davis *The Law of Contract* 1987 op 4; Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 1-4.

³ *History and Sources* 1949 op 289 ev.

⁴ Fifoot *History and Sources* 1949 op 296-7: "The court entertained actions upon covenants without formality and apparently without distinguishing misfeasance and nonfeasance; and the cases ranged from simple contracts of service to elaborate partnerships, from undertakings to carry goods, shoe horses or cure bald heads to agreements to pay brokerage and build houses to exact specifications."

⁵ By Greig en Davis *The Law of Contract* 1987 op 4.

ooreenkoms afhanklik was van die vraag of daar 'n aksie was waarmee dit afgedwing kon word.¹

Reeds in die middeleeue was Engeland 'n land van handelaars, produsente, uitvoerders (veral van tin en wol) en middelmanne.² Handelsverkeer het plaasgevind deur kontraksluiting in die vorm van konsensuele kontrakte, soos wat ons dit vandag ken.³ Reeds in die twaalfde eeu maak Glanvil in sy *Tractatus* melding van *contracts which are based on the consent of private persons*⁴ en in 1382 gebruik wetgewing⁵ die woord kontrak.⁶

Aksies uit hoofde van kontrakte van alle soorte is in die daaglikse informele (nie-*common law*) howe verhoor.⁷ Kontrakte is ook in die *common law*-howe afgedwing. Hierdie kontrakte, wat meestal *seal* vereis het, is gewoonlik *covenants* genoem. Die vroegste aksie waarin *convenant* vermeld word, stam uit 1201.⁸ Daar was prosesregtelike beperkinge op die aksies in die *common law*-howe. *Non constat* dat die wese van kontrak ooit verander het – die prosesregtelike terme of middels waarmee dit afgedwing kon word, mag wel erg kunsmatig en meer verwant aan deliktereg blyk te wees, maar *kontrak* was steeds: ooreenkoms, belofte, *consensus*. Hierdie feit van die

¹ Sien Farnsworth *Contracts* 1990 op 13.

² Fifoot *History and Sources* 1949 op 3289 ev.

³ Fifoot *History and Sources* 1949 op 289 en bronne daar vermeld.

⁴ Simpson *A History* 1975 op 4.

⁵ 6 Richard II, c. 2.

⁶ Fifoot *History and Sources* 1949 op 292.

⁷ Fifoot *History and Sources* 1949 op 293-298; Simpson *A History* 1975 op 47 ev. "... it is quite clear that in the year-book period the common lawyers had no doubt whatever that there could be agreements which were not under seal, and that they had no objection to such agreements being legally actionable though not necessarily at Common Law."

⁸ Fifoot *History and Sources* 1949 op 255; Simpson *A History* 1975 op 9 ev.

substantiewe privaatreë het reeds teen die middel van die sestiende eeu vasgestaan.¹

Simpson² verduidelik ook die verskil tussen *contract* en *covenant* soos volg: Deur 'n *contract* word regte in sake verkry of oorgedra. 'n Koopkontrak was 'n tipiese *contract*. *Covenant* was 'n kontrak om regte in die toekoms te verkry. Daarom was die aksie op grond van verbreking van 'n *covenant* vergoedend van aard en is dit gesien as deliktueel. Maar, sê Simpson:³ *The old lawyers were perfectly well aware of the fact that covenants involved agreement* en hy verwys na die uitspraak van Bromley J. in *Reade v Bullocke*⁴ waarin gesê is dat *each covenant implies agreement*.⁵

Simpson⁶ vermeld wel dat, net soos in die Romeinse reg, daar aanvanklik nie in terme van algemene beginsels of abstraksies gedink is nie, maar aan die kenmerke van elke soort transaksie afsonderlik. Nogtans word in 1428 in die loop van die argumentering van 'n geding⁷ deur die advokaat 'n duidelike onderskeid gemaak tussen 'n aksie weens *trespass* en een vir *debt*, en, sê hy, "... *one (debt) commences by contract and the assent of the parties*" terwyl in *tort* daar geen *assent* is nie.⁸ In 1522 verklaar Pollard J in *Wheler's Case*:⁹ "*And to speak of bargains and sales, sir, all these depend upon the negotiations (communication) and the words between the parties. For some*

¹ Fifoot *History and Sources* 1949 op 339: "By the middle of the sixteenth century the modern conception of contract had in essence been formulated. The action of *Assumpsit*, through which it was expressed, was recognized as a distinct species of Case, resting upon the idea of 'promise', just as the word 'contract' was associated with the writ of debt."

² *A History* 1975 op 18 ev.

³ *A History* 1975 op 18.

⁴ 1543.

⁵ Dyer 56 b.

⁶ *A History* 1975 op 186.

⁷ 7 Hen VI MF 5 pl. 9.

⁸ Simpson *A History* 1975 op 188.

⁹ 14 Hen VIII HF 15 pl. 1 f. 18 pl. 7 f. 21 en 22 – sien Simpson *A History* 1975 op 188.

bargains can take effect at once and others on a thing to be done afterwards, and they can be subject to condition and nevertheless be perfect, although there will be no quid pro quo immediately, and all this depends upon the negotiations between you and me."

Contract het die algemene benaming geword vir informele konsensuele transaksies, ook gewoonweg *simple contracts* genoem.¹ In 1791 gebruik Blackstone in sy *Commentaries*² die term kontrak in die moderne sin en verdeel hy dit in uitdruklike en stilswyende kontrakte. Hy verklaar dat uitdruklike *contracts* in drie afsonderlike species, te wete *debts*, *covenants* en *promises*, verdeel kan word.

'n *Debt* bestaan volgens Blackstone wanneer 'n geldbedrag verskuldig is as gevolg van 'n *certain and express agreement*. As voorbeeld noem hy 'n verband, 'n wissel of promesse, 'n *special bargain* of 'n huurooreenkoms.

'n *Covenant* is 'n uitdruklike ooreenkoms bevat in 'n *deed* om 'n handeling te verrig of nie te verrig nie.

'n *Promise* sê Blackstone, "*is in die nature of a verbal covenant and wants nothing but the solemnity of writing and sealing to make it absolutely the same.*" Dit blyk dat 'n *promise* dus 'n informele kontrak is om iets te doen of nie te doen nie. Blackstone gebruik dan ook die woorde *promise*, *undertaking* en *assumpsit* in hierdie gevalle as sinonieme. In die geval van *promise* kan spesifieke nakoming soos in geval van *covenant* nie gevorder word nie. Die verbreking van *promise*, verklaar Blackstone, is egter 'n "*wrong or injury done to the plaintiff, the damages whereof a jury are to estimate and settle*".³

¹ Simpson *A History* 1975 op 190. Sien ook Sir David Parry *The Sanctity of Contracts in English Law* Stevens & Sons Ltd. London 1959 op 3 ev.

² Boek III Hoofstuk 9.

³ Teks by Fifoot *History and Sources* 1949:389-393.

Hiermee word nie te kenne gegee dat daar op hierdie stadium al 'n teorie ten opsigte van *consensus ad idem* of 'n 'wilsleer' bestaan het nie. Dit is volgens Simpson¹ eers 'n produk van die negentiende eeu. Voor daardie tyd kon Simpson² geen hofverslag vind waarin die kwessie van dwaling geopper is nie. Hy meen dat dit toe te skryf is aan die leerstuk van *consideration*.

Die kontrak *under seal* verkry geldigheid deur *consensus* plus die formaliteit. Die *promise* ontstaan ook weens ooreenkoms, maar in die Engelse reg is daar 'n tweede geldigheidsvereistes, naamlik *consideration*, vir die afdwingbaarheid van beloftes ontwikkel.³ Hierdie vereiste geld dus nie vir kontrakte *under seal* nie, maar slegs vir informele kontrakte oftewel *promises*.⁴

Die geskiedenis van *consideration* is duister en het tot 'n ryke regsliteratuur aanleiding gegee.⁵ Dit is nie vir my doeleindes tans nodig om dieper hierop in te gaan nie, die onderwerp kom later hierin weer ter sprake, wanneer dit meer volledig behandel sal word.

Soos reeds aangetoon, was die idee van kontrak as konsensuele verskynsel nie onbekend nie. Al wat die regsposisie, soos ontwikkel onder die kleed van *consideration* beteken het, is dat die skuldoorsaak in 'n aksie op grond van kontrak nie die kontrak was nie, maar die verweerder se onderneming plus *consideration* (of *seal*).

Die negentiende eeu

¹ A History 1975 op 535.

² A History 1975 op 535.

³ Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 7 ev.

⁴ Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 7 ev.

⁵ Van die jongste en beste literatuur word vermeld deur Cheshire, Fifoot en Furmston 2001 op 7 ev.; Treitel *The Law of Contract* Sweet & Maxwell London 8e uitg. 1991 op 63 ev.; Anson's *Law of Contract* 28th ed. by J. Beatson Oxford Univ. Press Oxford 2002 op 88-112. Ek het verder geraadpleeg Simpson A History 1975 op 316 ev.; Milsom *Historical Foundations* 1981 op 356 ev. Fifoot *History and Sources* 1949 op 349 ev. bespreek die verskillende hoofteorieë volledig.

Die negentiende eeu, veral tot ongeveer 1870, verteenwoordig die hoogtepunt en bloeitydperk van die kapitalisme, individualisme en persoonlike outonomie. Dit was die kulminasie van die geleidelike kommersiële ontwikkeling wat sedert die twaalfde eeu in Wes-Europa, Brittanje ingeslote, plaasgevind het. Die landbou, die gildewese en die feodale stelsel verloor geleidelik hul dominante en beknellende rolle. Onderlinge handel tussen persone neem toe en individue met ondernemingsgees begin hul toespits op handeldryf en die vervoer van goedere van een deel van Europa na 'n ander, met die oog op wins. Die ou orde, onder andere die kerk, het hierdie ontwikkeling met afkeur bejeën, maar daar was geen keer aan nie. Bankiers, geldskieters en professionele handelaars neem in getalle toe en so ook die aanvraag na hul dienste. Persoonlike vryheid en vernuf, ondernemingsgees, organisasievermoë, waagmoed, 'n mark-georiënteerdheid, geldbewustheid en die winsmotief was besondere kenmerke van hul wyse van doen.

Die kapitalisme is op die beginsel van ekonomiese vryheid gebaseer. Dit verg dat die staat se rol in die ekonomie tot 'n minimum beperk moet word en dat die kragte van die vryhandel toegelaat moet word om hul eie ewililibrium te vind. Die idee is dat as private ondernemerskap, vrye kompetisie, ongebonde produksie en kontraktevryheid toegelaat word, vraag en aanbod die regverdige ewewig tussen produsent en verbruiker, koper en verkoper en kapitalis en arbeider, sal waarborg. Dit was hierdie ekonomiese filosofie wat Adam Smith (1727-1790) so kragtig in sy beroemde werk, *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, in 1776 bepleit het en wat veral in die negentiende eeu in Wes-Europa, Brittanje en die VSA as uitgangspunt aanvaar is.

Die opkoms van kapitalisme as ekonomiese filosofie het egter nie net 'n ideologie gebly nie. Dit het tot in praktyk deurgewerk deur mense aan te spoor om ondernemers te word. Die gevolg was 'n behoefte aan nuwe en meer effektiewe produksiemiddele. Dit lei tot die groot nywerheidsuitvindinge

van die negentiende eeu: spin- en weefmasjiene; die verbetering van die stoommasjien; 'n verbeterde smeltproses van ystererts; die uitvinding van die stoomlokomotief; die uitvinding van telegrafie; die daarstel van 'n nuwe staalvervaardigingsmetode; elektrisiteit en die binnebrandmasjien; die aanwending van aardolie as energiebron en gevolglik die motor; die uitvinding van kunsmis en gifstowwe in die landbou, die proses van voedselbewaring, en so meer. Dit lei weer tot nuwe ondernemingsvorme, soos die maatskappyvorm. Dit lei tot kapitaalkragtige reuse-ondernemings soos fabrieke, myne, finansieringsmaatskappye soos banke en versekeraars en uiteindelik tot die skeiding tussen die eienaar en die bestuur van 'n onderneming, onpersoonlike massaproduksie en nuwe vorme van afset, soos groot algemene- en kettingwinkels.

Die klassieke kontrakmodel

Die *laissez faire* ekonomie het direk aanleiding gegee tot die sogenaamde klassieke kontrakmodel in die Engelse reg, wat in wese 'n erkenning en uitbouing van die wilsleer was.

Wat was die kern en kenmerke van die klassieke kontrakmodel? Die kern van hierdie teorie word elegant deur PS Atiyah¹ só saamgevat:

"The autonomy of the free choice of private parties to make their own contracts on their own terms was the central feature of classical contract law. Its influence is to be found in every corner of contract law ... It is necessary to stress at the outset that the importance attached to free choice, and to the idea that a contract was a vehicle for giving effect to the will of the parties, had a profound effect on the very functions of contract law, as it was perceived by the Courts. The primary function of the law came to be seen as purely facultative, and the function of the Court was merely to resolve a dispute by working out the implications of what the parties had already chosen to do. The

¹ *Rise and Fall of Freedom of Contract* 1979 op 408.

idea that the Court had an independent role to play as a forum for the adjustment of rights, or the settlement of disputes, was plainly inconsistent with this new approach. The result was to mark off contract law more clearly from (say) the law of trusts or the law of constructive trusts where the function of the law, and its agents, the Courts, was seen more clearly to be that of resolving a conflict, or adjusting mutual claims. The law of contract became like the law of wills, a device enabling private individuals to make their own arrangements, and to summon the State to their aid to see that those arrangements were adhered to."

Die juridiese kenmerke van die klassieke kontrakmodel in Engeland was die volgende:¹

1. Die partye onderhandel *at arm's length* – elkeen maak staat op sy eie vaardigheid en oordeel en geeneen is goeie trou aan die ander verskuldig nie. *In the market place, no man is his brother's keeper.*²
2. Totdat 'n finale ooreenkoms bereik is, is daar geen gebondenheid nie. Aanbiedinge word gemaak en teruggetrek en verander; teenaanbiedinge word gemaak; voordat 'n aanbod aanvaar word, is daar geen regsband nie.³
3. Geeneen van die partye is onder 'n plig om inligting aan die ander te verstrek nie, of om op inligting wat verskaf is, te vertrou nie, behalwe

¹ Benewens die skrywers waarna ek spesifiek hieronder verwys, sien ook PS Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* Clarendon Press Oxford 4e uitgawe 1989 op 8-17; Greig en Davis *Law of Contract* 1987 op 13-26; Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 11-16; Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 214-229; PS Atiyah *Essays on Contract* Clarendon Press Oxford 1990 op 10 ev.

² Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403; John Tillotson *Contract Law in Perspective* Butterworths London 1985 op 17.

³ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403; Tillotson *Contract Law* 1986 op 17.

binne die nouste grense van bedrog en wanvoorstelling, wat self baie eng uitgelê is.¹

4. Die ooreenkoms kom tot stand wanneer die partye ooreenstem of ten minste ooreenstemming laat blyk het. Dwaling en subjektiewe bedoelings is irrelevant tensy dit gesê kan word dat die effek daarvan vrye en vrywillige toestemming verhoed het. Selfs in geval waar druk uitgeoefen is, byvoorbeeld dwang, is dit baie beperk uitgelê – dit moes *abnormale* druk wees, want ... *in the market place pressure are themselves a normal part of the scene.*²
5. Die inhoud, terme en voorwaardes van die kontrak lê volkome binne die bedingingsmag van die partye. Dit was aanvaar dat die partye self weet wat hulle wil doen, dat hulle die beste beoordelaars van hul eie behoeftes en omstandighede is, dat hulle self die risiko's en toekomstige gebeurlikhede die beste kan bereken, en dat hulle dit alles oorweeg en in ag geneem het. *It follows that unfairness of the bargain – gross inadequacy or excess of price – is irrelevant, and that once made the contract is binding.*³
6. Elke party is gebonde om die kontrak na te kom. Die straf vir nienakoming was die plig om skadevergoeding, bereken volgens *expectation damages*, te betaal.⁴
7. Die hof se funksie is baie beperk – hy moet slegs toesien dat prosedurele geregtigheid geskied.⁵

¹ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403.

² Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403; Sien ook Anson's *Law of Contract* op 10 ev.; Tillotson *Contract Law* 1985 op 17 ev.

³ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403; Tillotson *Contract Law* 1985 op 17.

⁴ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 403.

⁵ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 94: *"The Court is the umpire to be appealed to when a foul is alleged, but the Court has no substantive function beyond this. It is not the Court's business to ensure that the bargain is fair, or to see that one party does not*

8. *Alle gevolge van die kontrak en die inhoud daarvan, is toegeskryf aan die wil van die partye.* Dit is die kern van die wilsleer en is in Engeland grootliks deur die natuurregskrywers van die Vasteland, soos De Groot en Pufendorf, maar veral Pothier, beïnvloed:¹

*"By the middle of the nineteenth century, the will theory had taken root in English law. The somewhat mystical idea had gained acceptance that an obligation could be created by a communion of wills, an act of joint, if purely mental procreation. Even pragmatic English judges who have usually been strong on experience and weak on theory, began to talk in these terms. In 1861 Kindersley VC referred to the creation of a contract in language strikingly similar to that found in Savigny's treatise on contracts (Das Obligationenrecht) published in 1852: When both parties will be the same thing, and each communicates his will to the other, with a mutual agreement to carry it into effect, then an engagement or contract between the two is constituted."*²

9. Kontrakteervryheid, dit wil sê die vryheid om te kontrakteer of nie te kontrakteer nie en om oor die inhoud van die ooreenkoms te besluit, is die kern van die teorie.
10. Die erkenning van die *executory* kontrak vind nou plaas. Kort na 1800 word die ooreenkoms om in die toekoms te presteer die paradigma van

take undue advantage of another, or impose unreasonable terms by virtue of superior bargaining position. ... Nor is it the Court's business to create or impose obligations on anybody from its own sense of justice. It is the task of the parties to fix their liabilities themselves." Hugh Collins *The Law of Contract* Butterworths London 3rd ed. 1997 op 8 ev.; AWB Simpson (1975) 91 LQR 265.

¹ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 406 en spesifiek oor Pothier se invloed op 399.

² Atiyah 1979:406. Oor Pothier en ander Romaniste se rol sien ook AWB Simpson 91 LQR 1975 op 255 ev. Oor die wilsleer in die 19e eeu sien veral AWB Simpson *A History* 1975 op 266 ev. – hy noem dit 'n *doctrinal grundnorm* van daardie tyd.

die kontraktheorie. Dit het verreikende gevolge vir die kontraktereg op byna elke gebied gehad. Atiyah¹ noem aldus die *quantum* van skadevergoeding, bybedinge, beperking van skade, *consideration*, repudiëring, onmoontlikwording van prestasie en so meer. Hierdie dogmatiese skuif terug in tyd vanaf lewering van prestasie tot die maak van die belofte as die oomblik waarop die gebondenheid intree, hang ten nouste saam met kontrakteervryheid en die markeconomie. Dit het ook die gevolg dat dit die hof se taak verskuif vanaf die bepaling van aanspreeklikheid na die idee dat die partye hul eie aanspreeklikheid skep.²

11. Die remedies by kontrakbreuk ondergaan ook 'n verandering sodat die onskuldige geregtig word op spesifieke nakoming en op positiewe interesse.³

Dat die subjektiewe benaderingswyse in hierdie klimaat kon gedy, is voor die hand liggend. Wat ons spesifieke probleemgebied betref, kan met vertroue gestel word dat die klassieke kontraktheorie gebaseer is op drie hoofeienskappe: kontrakteervryheid, konsensualisme en *pacta sunt servanda*.

Ook wat *konsensualisme* betref, word verklaar dat die basis van gebondenheid die wilsooreenstemming tussen die partye is. Dit is die bekende *wilsleer* wat eeue op die Vasteland lank ontwikkel het maar in Engeland eers in die negentiende eeuse klassieke kontrakteregteorie tereg gekom het.

¹ *Rise and Fall* 1979 op 420 ev.

² Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 420 en 429: "Lawyers began to say that a man was liable, even on a part executed contract, not because he had received any benefit, because the plaintiff had relied upon him, but because he had promised." Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 17 ev.

³ Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 430 ev.; Dit is die eerste keer geformuleer in *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341; 156 ER 145. Sien ook Atiyah *Rise and Fall* 1979 op 432 wat dit koppel aan *utilitarian* filosofie; AWB Simpson *A History* 1975 op 273 ev.

Die kroon op hierdie siening word gestel deur die Victoriaanse regter, Jessel MR, in *Printing and Numerical Registering Co v Sampson*¹ in die volgende woorde: *If there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice.*

Gordley² toon tereg aan dat die negentiende eeuse Engelse skrywers oor die kontraktereg 'n kontrak in terme van ooreenkoms of instemming gedefinieer het. Hy verwys na Comyn in 1809; Newland in 1821; Chitty in 1826; Kent in 1827; Dodd in 1836; William Story in 1844; Carey in 1845; Parsons in 1860 en Leake in 1867. Manchester³ toon aan dat in hierdie tyd die opvattinge van Vastelandse skrywers – soos Pothier – veral in die handboekliteratuur 'n belangrike rol gespeel het.

Soos reeds aangetoon, was kontrak en *consensus* en die wilselement by alle kontrakte reeds teen die negentiende eeu 'n gevestigde deel van die Engelse reg. In die negentiende eeu word die konsekwensies hiervan egter in besonderhede uitgewerk en ontwikkel en ontstaan 'n *algemene* kontrakteorie waarbinne *consensus* 'n toenemend belangrike rol begin speel.

Die volgende belangrike ontwikkelinge op die regsgebied van die grondslagkwessie moet aangemerk word:

- (i) Kontraksluiting word ontleed en die opvatting ontstaan dat 'n kontrak tot stand kom deur twee wilsverklarings wat mekaar moet weerspieël, naamlik aanbod en aanname.⁴

¹ (1875) 19 LR Eq. 462

² *The Philosophical Origins* 1991 op 135.

³ *A modern legal history* 1980 op 268.

⁴ Simpson *Innovation in Nineteenth Century Contract Law* (1975) 91 LQ Rev. 247 op 258; Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 12 ev.; Farnsworth *Contracts* 1990 op 114; Manchester *A modern legal history* 1980 op 268.

- (ii) Tot aan die einde van die agtiende eeu het die howe leemtes in 'n kontrak aangevul op die basis van die hof se bevoegdheid om *equity* toe te pas. Die teorie was dat 'n term ingelees kon word ... *such as reason and justice dictate, and which therefore the law presumes that every man has contracted to perform*.¹ Die kenmerk van die negentiende eeuse kontraktereg was daarenteen dat die regterlike funksie al hoe meer ingeperk is en dat die outonomie van die partye om soos hulle wil, te kontrakteer, byna onbeperk uitgebrei is. Vir die negentiende eeuse regters wat hul funksie analoog aan die van 'n neutrale en taamlik passiewe skeidsregter.²

Maar hoe nou gemaak met die aanvul van kontraktuele leemtes? Die negentiende eeuse Engelse regters, wat leemtes nie meer uit hoofde van hul inherente bevoegdheid kon aanvul nie, gaan terug na die wilsleer. Om dit te doen, beroep hulle hul op interpretasies en *implied terms*, voorwaardes en waarborge. Die basis van hierdie proses van implikasie word nou die veronderstelde of gefingeerde wil van die partye:

"So great was the emphasis on agreement and the intention of the parties, that the judges of the nineteenth century attempted to express the great bulk of the actual rules of the law of contract as depending on the intention of the parties. In other words, when a dispute arose between the parties to a contract, the judges frequently dealt with the

¹ Blackstone, *Commentaries* 158; Morton J Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law* in (1974) vol. 87 no. 5 Harvard Law Review op 932.

² PS Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford Clarendon Press 1995 op 3: "To these judges the function of the civil law was largely a negative one. Its main object was to enable people to 'realize their wills' or in more prosaic language, to leave them to get on with their business, to lead their own lives unhampered by governmental interference, to make their own contracts unhampered by judicial interference, and so forth. The law was not concerned to limit the power of contracting or to interfere between the contracting parties in the interest of justice, but merely to assist one of them when the other broke the rules of the game and defaulted in the performance of his contractual obligations. In other words the judge was just a sort of referee whose job it was to blow the whistle when something went wrong."

case as though the solution to the dispute depended on the intention of the parties. By adopting this line the Courts felt that they were not imposing legal rules on the parties, but were merely working out the implications of what the parties had themselves chosen to do."¹

Die wilsteorie bereik sy hoogtepunt in die uitsprake van die howe in die negentiende eeu. Hierdie teorie, volgens Cheshire, Fifoot en Furmston.²

"... asserts that contractual obligations are by definition self-imposed: hence any factor showing lack of consent is fatal to the existence of a contract, and conversely the rules governing the formation of contract are all conceived of as designed to differentiate cases of true consensus, where two wills become one will, from cases where consensus is lacking. In terms of the functions of the court this theory finds expression in the idea that the exclusive task of a court in contract cases is to discover what the parties have agreed, and give effect to it, except in cases of mistake, duress or illegality. This approach was not novel in English law, but it received a new emphasis from the text-writers, under the influence of foreign models; as Evans wrote in 1806."³

'As every contract derives its effect from the intention of the parties, that intention, as expressed, or inferred, must be the ground of every decision respecting its operation and extent and the grand object of consideration in every question with regard to its construction.'

¹ PS Atiyah *Introduction* 1961 op 5. Sien oor hierdie ontwikkeling ook Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 11 ev. Kensketsend van hierdie filosofie was die uitspraak van Bowen LJ in *The Moorcock* (1889) 14 PD 64 (CA). Sien ook Manchester *A Modern Legal History* 1980 op 269.

² *Law of Contract* 1996 op 13.

³ Die verwysing is na Evans se vertaling van Pothier op bl. 35.

It also conformed to the fashionable theories of the political economists."

Onder invloed van die wilsleer is die vereiste van die bewys van 'n wedersydse bedoeling om regsgebondenheid te skep, wat vroeër verwerp is, nou weer onder invloed van o.a. Von Savigny, aanvaar – eers in *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* in 1893 en later deur die House of Lords in *Heilbut, Symons & Co. v Buckleton* in 1913.¹

'n Vraag, wat nog nooit in die literatuur oor die grondslagkwessie aangespreek is nie, is waarom daar nou juis in en van die negentiende eeuse Vastelandse en Engelse reg gesê word dat die *wilsteorie* oftewel *will theory* toe gegeld het. Hoe, per slot van sake, verskil die negentiende eeuse kontraktereg op hierdie punt van die Justiniaanse Romeinse reg? Of van die Romeins-Hollandse reg of van die Pandektisme? Waarom sê niemand dat die *wilsleer* nie ook in daardie stelsels gegeld het nie?

Ek meen dat die genoemde vrae wel met reg met 'n mate van skeptisisme gevra kan word. Andersyds is daar tog 'n paar aanknopingspunte vir die opvatting dat daar in die loop van die negentiende eeu 'n *wilsteorie* ontstaan het.

Die eerste is die ontstaan, op die Vasteland, van 'n onverkwiklike teorieë-stryd ten aansien van die grondslag van kontraktuele gebondenheid en dat in dié proses die benamings *wilsteorie*, *verklaringsteorie* en *vertrouensteorie* ontwikkel is. Die *wilsteorie* het die oorgelewerde standpunt, dat innerlike, psigologiese *consensus* die kernvereiste is, verteenwoordig. Dit was die geldende of ortodokse regsposisie en is met gemak die *wilsteorie* genoem om dit van die ander te onderskei.²

¹ [1913] AC 30.

² Sien Van Dunné *Normatiewe Uitleg van Rechtshandelingen* 1971 op 307 ev.

Die tweede aanknopingspunt is dat die ontwikkelende ekonomiese wetenskap die proses van abstrakte analise en spekulاسie ten aansien van grondbeginsels in die laat-agtiende en die negentiende eeu begin het. Bydraes soos dié van Adam Smith, Proudhon, Marx, Engels en andere moes noodwendig ook juridiese denke en terminologie beïnvloed het. Die wilsteorie lê ten grondslag van die klassieke kontrakmodel, wat op sy beurt weer die spil is waarom die kapitalisme draai. Voor- en teenstanders van die kapitalisme het die ekonomiese stryd tot by die onderliggende wilsleer teruggevoer. Ook dié debat het na die juridiese terrein oorgespoel; ons betree die era van teoretisering.

Maar die wilsleer het slegs oënskynlik die heerskappy gevoer. Daar was 'n latente onderstroom wat teen die einde van die negentiende eeu die wilsleer begin verdring het en tans die paradigma van die Engelse kontrakreg is, naamlik die objektiewe benadering.

Die objektiewe benadering

Dit word vandag deur baie regsgeleerdes aanvaar dat primitiewe regstelsels gewoonlik deur 'n starre verklaringsleer gekenmerk word. Met die verfyning van die regskultuur, word die benaderingswyse subjektief. Maar op 'n sekere stadium tree verval in en begin objektiewe elemente hulself manifesteer – die gemeenskap begin meer waarde aan regsekerheid en die onskendbaarheid van die handelsverkeer heg.¹ In wat volg, skets ek die ontstaan en teoretiese onderbou van die objektiewe benadering.

Lank voor die invloed van die Romeinse-, kanonieke- en natuurreg, veral via Pothier, begin het om 'n invloed op die Engelse reg uit te oefen, was die ingeburgerde Engelsregtelike opvatting 'n objektiewe een. In 1478 is daar 'n uitspraak van Hoofregter Brian in 'n saak waarin hy gesê het:

¹ Sien Zimmermann *Obligations* 1990 op 621; Fritz Pringsheim *Animus in Roman Law* in (1933) 49 LWR 48; Heinz Hübner *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts* in *Festschrift für Max Kaser* (1976) op 715 ev.

“... for it is common learning that the intent of a man cannot be tried, for the Devil himself knows not the intent of a man.”¹

Na my mening was daar belangrike regsinstellings in die oud-Engelse reg wat die objektiewe benadering onderskraag het en wat tot vandag nog hul invloed laat geld.

Die *parol evidence*-reël

Die belangrikste hiervan is die sogenaamde *parol evidence*-reël, dit wil sê die reël dat as 'n ooreenkoms tussen die partye op skrif gestel is, dié dokument die enigste bewys van die bestaan en die inhoud van die ooreenkoms is. Waar kom dié reël vandaan? Die beste verhandeling oor hierdie onderwerp wat ek kon vind, is die van Wigmore.² Hy toon aan dat dié reël nie in die primitiewe fase van die Engelse reg bestaan het nie. Die Germaans-georiënteerde Engelse reg het nie 'n kultuur van skrif en opskrifstelling van ooreenkomste geken nie, dog slegs die orale tradisie. Insoverre 'n *carta* opgestel is, het dit geen bindings- of bewyswaarde gehad nie.³

Daarna ontwikkel die krag van die geseëde dokument. Die koning se seël op 'n dokument het die inhoud en outentiekheid daarvan onaanvegbaar gemaak. Die gebruik van 'n seël brei uit na ander sosiale klasse, sodat teen ongeveer 1200 iedereen sy seël op 'n kontrak kon plaas. Die gevolg was dat die persoon of persone wie se seël op 'n dokument verskyn, (a) nie getuienis hoef te roep om die kontrak te bewys nie, maar ook (b) nie die terme daarvan mag betwis nie.⁴ Maar tot ongeveer die 1400's, kon ekstrinsieke getuienis

¹ Sien Fifoot *History and Sources* 1949 op 252.

² *A Brief History of the Parol Evidence Rule* 1904 *Columbia Law Review* op 338-355.

³ Wigmore *A Brief History* 1904 op 341: *If the truth of its statements is disputed – the amount of money loaned, the area of land conveyed, the conditions annexed – the terms of the transaction may and must be proved by calling the witnesses to it, regardless of any contradiction to the writing.*

⁴ Wigmore *A Brief History* 1904 op 342, 343.

aangevoer word om skriftelike geseëde dokumente met betrekking tot die oordrag van grond aan te veg. Teen die 1600's was die reël egter in sy huidige vorm gevestig. Met die uitbreiding van geletterdheid word die onderliggende regverdiging gevind in die gedagte:

*"It was natural to hold that a man was bound by this written version of the transaction, when he might easily guard himself against the writing's being deficient in some of the agreed terms ..."*¹

Die verwantskap met *estoppel* begin nou deurskemer. Dit is ook wat Wigmore raaksien: die reël behels ook 'n afstanddoening van bewys – die party tot die skriftelike kontrak het afstand gedoen van sy reg om deur die aanvoer van ekstrasie getuienis die dokument aan te val. Maar allens word van hierdie afstanddoening gepraat as 'n *estoppel*:

*"... i.e. a conception which concedes that the truth might be as alleged, and that ordinarily the party would have a right to prove it in the usual way, but that here he is 'stopped' from that proof, by his own sealed act."*²

'n Aanverwante regverdiging van die reël was die opvatting dat 'n transaksie van 'n bepaalde aard nie deur enigiets van 'n mindere aard ontsenu kan word nie. Die gevolg van bogemelde gedagte-ontwikkelinge is dat die geseëde dokument teen die vyftiende eeu nie meer *bewys* van die ooreenkoms is nie, maar *die kontrak self*:

"For two centuries to come this mode of speech – that the writing 'dissolves', 'discharges', 'determines' or 'destroys' all other prior or co-

¹ Wigmore *A Brief History* 1904 op 345.

² Wigmore *A Brief History* 1904 op 348.

existing transactions – is predominant in expounding the theory of the rule."¹

As gevolg van die *Statute of Frauds and Perjuries* van 1678 word die reël uitgebrei na alle geskrewe en nie net geseëde dokumente nie. Die gevolg was die moderne, algemene reël: die dokument het nie slegs bewyswaarde nie, maar word die kontrak self as '*Ding an sich*' en kan, benewens beperkte uitsonderings, nie deur ekstrinsieke getuienis aangeveg of aangevul word nie.²

Dit is vir 'n goeie begrip van die ontstaan van die objektiewe benaderingswyse in die Engelse reg weer nodig om die verband tussen die *parol evidence*-reël en *estoppel by deed* te beklemtoon. Salmon³ het reeds in die laat-negentiende eeu dié verband raakgesien:

"It is not usual", sê hy, 'to treat this rule as an instance of estoppel, yet it is obvious that the principles are identical. In each case the party is precluded by his acknowledgment in writing from disputing what is so acknowledged. In estoppel however, what is so acknowledged is a matter of fact, while in the case now under consideration it is the terms of an agreement or other act in law.'

Vervolgens moet gelet word op een van die belangrikste *sequelae* van die ontwikkeling van die *parol evidence*-reël en *estoppel by deed* op ons ondersoekveld – naamlik die objektiewe uitlegmetode. Dit volg dat as die skriftelike dokument die enigste kenbron van die ooreenkoms is – trouens, nie

¹ Wigmore *A Brief History* 1904 op 350.

² Ek het benewens die bydrae van Wigmore ook oor die geskiedenis en inhoud van die reël geraadpleeg KW Wedderburn *Collateral Contracts* [1959] *Cambridge Law Journal* op 58-85 JW Salmond *The Superiority of Written Evidence* in (1890) 6 *Law Quarterly Review* 75-85; F Wharton *A Commentary on the Law of Evidence in Civil Issues* Philadelphia 1888 op 56 ev.; Wigmore *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9 1981 par. 2405; Holdsworth *A History of English Law* 2nd ed. 1937 Reprint 1966 vol. VII op 391 (met verwysing veral na Bacon en Coke se bespreking van die reël); vol. IX op 219-222.

³ (1890) 6 LQR 81.

slegs bewys van die regshandeling nie, maar die regshandeling self – en as geen verdere getuienis toelaatbaar is nie, die hof die dokument *objektief* as ‘*Ding an sich*’, sonder verwysing na die bedoeling van die partye moet uitleë.

Weinig Engelse skrywers het nog die verband tussen die *parol evidence*-reël, *estoppel by deed* en die kwessie van uitleg raakgesien. ‘n Uitsondering is Holdsworth, wat wel aandag op dié verband gevestig het¹ dat die gevolg van die toepassing van die *parol evidence*-reël was dat die interpretasie van ‘n skriftelike kontrak in die hande van die hof, en nie die jurie nie, gelaat is. Dit lei weer:

“... to the evolution of strict rules for the construction of written documents, which paid little heed to the real meaning intended by their framers.”

Die direkte gevolg van die sameloop van bogenoemde reëls en benaderingswyse is dan dat ons eers op gebied van die interpretasie van kontrakte, en later ook op ander verwante gebiede, ekstreme verwoordings van objektiewe benadering aantref. Ek noem ‘n paar voorbeelde. Lord Shaw verklaar in *Great Western Railway v Bristol Corporation*:²

“... one hears much use made of the word ‘intention’, but courts of law when on the work of interpretation are not engaged upon the task or study of what parties intended to do, but of what the language which they employed showed that they did; in other words, they are not constructing a contract on the lines of what may be thought to have been what the parties intended, but they are construing the words and expressions used by the parties themselves. What do these mean? That when ascertained is the meaning to be given effect to, the meaning of the contract by which the parties are bound. The

¹ A History 1937/1966 vol. IX op 200 ev.

² (1918) 87 Ch 414.

suggestion of an intention of parties different from the meaning conveyed by the words employed is no part of interpretation, but is mere confusion."

In *Shuler (L) AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* het Lord Simon met goedkeuring die volgende passasie uit *Norton on Deeds*¹ aangehaal:

*"... the question to be answered always is, 'What is the meaning of what the parties have said?' not 'What did the parties mean to say?' ... it being a presumption juris et de jure ... that the parties intended to say that which they have said."*²

Dit is dus duidelik dat daar 'n verskil is tussen die werklike *intention* van die partye en die *meaning* van die woorde wat hulle gebruik het. Die Engelse howe soek nie die *intention* nie: hulle stel slegs belang in die *meaning*. Die Amerikaanse benadering is dieselfde. In 'n beroemde passasie verklaar regter Learned Hand in 1911:

"A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party when he used the words intended something else than the usual meaning which the law imposes on them, he would still be held, unless there were mutual mistakes or something else of the sort."

Daar is trouens 'n baie sterk teenstand in die Engelse reg teen 'n soektog na die subjektiewe bedoeling. So verklaar Lord Halsbury LC in *Leader v Duffey*³ die volgende:

¹ Tweede uitgawe 1928 op 50.

² (1974) AC 235.

³ (1888) 13 App. Cas. 294.

"I agree that you must look at the whole instrument, and inasmuch as there may be inaccuracy and inconsistency, you must, if you can, ascertain what is the meaning of the instrument taken as a whole in order to give effect, if it be possible to do so, to the intention of the framer of it. But it appears to me to be arguing in a vicious circle to begin by assuming an intention apart from the language of the instrument itself, and having made that fallacious assumption to bend the language in favour of the assumption so made."

Ten slotte kan die hele benadering saamgevat word in die woorde van May LJ in *Ashville Investments Ltd v Elmer Contractors Ltd*:¹

"In seeking to construe a clause in a contract, there is no scope for adopting either a liberal or a narrow approach, whatever that may mean. The exercise which has to be undertaken is to determine what the words mean."

Waarom is die Engelse howe so gekant teen 'n verwysing na die werklike subjektiewe bedoeling van die partye? In *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of New South Wales*² verduidelik Mason R:

"... when the issue of two or more possible meanings is to be given to a contractual provision we look not to the actual intentions, aspirations or expectations of the parties before or at the time of the contract, except in so far as they are expressed in the contracts, but to the objective framework of facts within which the contract came into existence, and to the parties' presumed intention in this setting. We do not take into account the actual intentions of the parties and for the very good reason that an investigation of those matters would not only

¹ (1988) 2 All ER 577 op 581 (CA).

² (1982) 149 CLR 337.

be time consuming but would also be unrewarding as it would tend to give too much weight to these factors at the expense of the actual language of the contract."

'n Meer siniese verduideliking word gegee deur Sir John Donaldson MR in *Summit Investment Inc v British Steel Corporation*¹ waar hy sê:

*"... their actual intentions are happily irrelevant, since, were it otherwise, many and perhaps most disputes upon points of construction would be resolved by holding that the parties were not ad idem."*²

Die belangrike punt vir ons ondersoek is dat die objektiewe uitlegmetode tot gevolg kan hê dat die hof 'n uitleg en dus effek aan 'n kontrak kan gee wat ten minste een van die partye, en soms beide partye, nooit bedoel het nie. Dit blyk duidelik uit die beslissing van *Smith v Lucas*³ waar Jessel M.R. sê:

"The settlement is one which I cannot help thinking was never intended by the framer of it to have the effect I am going to attribute to it; but of course, as I very often say, one must consider the meaning of the words used, not what one may guess to be the intention of the parties."

Dieselfde beginsel word duidelik gestel deur Nourse L.J. in *Philpots (Woking) Ltd v Surrey Conveyancers Ltd*⁴ waar die volgende gesê word:

¹ 1987 1 Lloyds' Rep. 230 op 233.

² Sien ook byvoorbeeld *Cornish v Abington* (1859) 4 H & N 549; *Wood v Scarth* (1858) 1 FA F 293; *Scott v Littledale* (1858) 8 Eh and Bh 815; *Powell v Smith* (1872); *Tamplin v James* (1880) 15 Ch D 215; *Fowkes v Manchester and London Assurance Ass* (1863) 129 RR 607, 614; *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597; *Muirhead and Turnbull v Dickson* (1905) 7 Sess Cas 686 (Skotland); *Norwich Union Fire Ins Soc Ltd v Price Ltd* (1934) AC 455, 463; *Scammell v Ouston* 1941 AC 251; *Frederick E Rose (London) Ltd v William H Pim & Co Ltd* (1953) 2 QB 450; *Parker v Clark* (1960) 1 All ER 93.

³ 1881 18 Ch D 531.

⁴ (1985) 277 EG 61.

"I think it very probable that, in accepting the landlord's construction, the learned judge has correctly assessed what the parties did indeed believe and desire to be the effect of [the clause]. But a court of construction can only hold that they intended it to have that effect if the intention appears from a fair interpretation of the words which they have used against the factual background known to them at or before the date of the lease, including its genesis and objective aim."

In sy *Morals and the Law of Contract* opgeneem in *The Enforcement of Morals* 1965 verduidelik Lord Devlin hierdie metode ook soos volg:

"If a man minded only about keeping faith, the spirit of the contract would be more important than the letter. But in the service of commerce the letter is in many ways the more significant. This is because in most commercial contracts many more than the original parties are concerned. The contract is embodied in a document which may pass from hand to hand when the goods it represents are sold over and over again to a string of buyers, or when money is borrowed on it, or insurances arranged. The spirit of the contract gets lost on these travels and the outward form is all that matters. For the common law the sanctity of the contract means the sanctity of the written word in the form in which it is ultimately enshrined. Normally, evidence is not admissible of conversations or correspondence leading up to the contract; they cannot be used to amplify or modify the final document. That document must speak for itself. For the common law has its eye fixed as closely on the third man as on the original parties; and the final document is the only thing that can speak to the third man."

Die objektiewe uitlegmetode is myns insiens die natuurlike en logiese korrelaat van die *parol evidence*-reël en van *estoppel by deed*. Hulle vorm 'n afgeronde en konsekwente trilogie.

Die objektiewe benadering by uitleg het, soos wat gereedlik voorspelbaar was, oorgewaaie na die ander probleem-terreine by die kontraksluiting. Dit word 'n algemene vertrekpunt. Reeds in 1897 skryf die beroemde Oliver Wendel Holmes:¹

"In my opinion no one will understand the true theory of contract or be able even to discuss some fundamental questions intelligently until he can understand that all contracts are formal, that the making of a contract depends not upon the agreement of two minds in one intention, but on their having said the same thing."

In 1919 het Samuel Williston 'n merkwaardige artikel die lig laat sien, t.w. *Mutual Assent in the Formation of Contracts*.² Sy siening was dat die objektiewe benadering sedert ongeveer die middel van die negentiende eeu die wilsleer begin verdring het. Volgens hom³ het die howe:

"... expressly or by implication asserted that the words and acts of the parties are themselves the basis of contractual liability, and not merely evidence of a mental attitude required by the law. In other words, that an expression of mutual assent, and not the assent itself, is the essential element of contractual liability."

Ons vind dus hier weer die idee van 'n kontrak as *Ding and sich*, losstaande van die skeppingsmotiewe daaragter. Hy raak ook die verband met die *parol evidence*-reël en *estoppel* aan. Wat laasgemelde betref, het hy egter 'n probleem: 'n geslaagde beroep op *estoppel* vereis *detrimental action in reliance on the erroneous statement*; 'n persoon se blote aanvaarding dat 'n kontrak volgens sy siening tot stand gekom het, voldoen volgens Williston nie aan dié vereiste nie. Ook word nalatigheid nie deurgaans as vereiste gestel nie.

¹ *The Path of Law* (1897) 10 Harvard Law Review 457 op 464.

² (1919) 14 Illinois Law Review 85.

³ Op 87.

Winfield, die Engelse juris, is 'n voorstander van die objektiewe benadering:

*"... the rules of evidence being what they are, the law attaches more importance to what a man says and does than to what he thinks."*¹

Dissensus in die Engelse reg

Die vraag is nou: hoe werk die objektiewe benadering by dwaling in die Engelse positiewe reg?

Tot 'n dekade of wat gelede was die Engelse reëls insake dwaling in 'n toestand van groot onsekerheid. Nog in die ses-en-twintigste uitgawe, in 1984, word in *Anson's Law of Contract* verklaar dat:

"The principles upon which the Courts will intervene, and the circumstances in which they will do so, have never been precisely settled, and the decided cases are open to a number of varying interpretations."

Sedertdien het die Engelse reg snelle vooruitgang gemaak, ten minste wat betref die sistematiek van die dwalingsreg en die insig in die onderliggende beginsels.

Wat die sistematiek betref, is daar nou ten minste onder die gesaghebbende handboek-skrywers eenstemmigheid dat tussen twee hoofkategorieë van dwaling onderskei moet word:

¹ *Some aspects of offer and acceptance* in 1939 (45) LQR 499 op 501. Op 502 sê die skrywer tereg: *"The result is that in law a man is often taken to have made an agreement when in fact he had made none and still more often to have made none when he was under the impression that he had agreed."*

- (a) "... cases in which the parties, though genuinely agreed, have both contracted in the mistaken belief that some fact which lies at the root of the contract is true."¹

Hierdie kategorie is dus wat ons sou noem gemeenskaplike dwaling ten aansien van 'n wesenlike, vooraf-bestaande feit of toestand. In die Engelse terminologie word hierdie vorm van dwaling, soms '*mutual mistake*' genoem,² soms *common mistake*.³

In hierdie gevalle is daar dus *consensus* tussen die partye maar gemeenskaplike dwaling oor 'n onderliggende feit. Die vraag in so 'n geval is of die reg enigeen of albei die partye teen kontraktuele gebondenheid sal vrywaar, en waarom. Dié onderwerp val dus buite die bestek van die huidige ondersoek wat toegespits is op gevalle van *dissensus*.

- (b) Die tweede kategorie van gevalle kom voor:

"... where, although to all outward appearances the parties are agreed, there is in fact no genuine agreement between them, and the law therefore does not regard a contract as having come into existence."⁴

Hierdie vorm van dwaling staan in die Engelse terminologie as *mutual mistake*⁵ of *mutual misunderstanding*.⁶

¹ Sien die woorde van die nuwe 28e uitgawe van *Anson's Law of Contract* bewerk deur Beatson 2002 op 311. Samestemmend is *Chitty on Contracts* 28e uitgawe alg. redakteur HF Beale vol. 1, *General Principles* Sweet and Maxwell Butterworths Londen 1999 op 295 ev.

² *Chitty on Contracts* 1999 op 295, 296.

³ Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 254 ev.

⁴ *Anson's Law of Contract* 1998 op 296; *Chitty on Contracts* 1999 op 296; Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 270.

⁵ Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 270 ev.

⁶ *Chitty on Contracts* 1999 op 310.

Slegs die laaste kategorie is vir ons van belang.

Mutual mistake

Die objektiewe benadering geld in hierdie gevalle en wel in die vorm van vertrouensbeskerming.

Cheshire, Fifoot en Furmston¹ sê hieroor die volgende:

“The common law has long stressed the commercial flavour of its contract. An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain. Behind all forms of contract, no doubt, lies the basic idea of assent. A contracting party, unlike a tortfeasor, is bound because he has agreed to be bound. Agreement, however, is not a mental state but an act, and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done. While such must be, in some degree, the standpoint of every legal system, the common law, preoccupied with bargain, lays peculiar emphasis upon external appearance. As long ago as 1478 and in the context of sale Chief Justice Brian proclaimed ‘that the intent of a man cannot be tried, for the Devil himself knows not the intent of a man’, and in the early years of the nineteenth century this position was re-asserted by judge and jurist alike. Lord Eldon protested that his task was not ‘to see that both parties really meant the same thing, but only that both gave their assent to that proposition which, be it what it may, de facto arises out of the terms of their correspondence’. So, too, Austin, after saying that ‘when we speak of the intention of contracting parties, we mean the intention of the promisor or the intention of the promisee added: or rather, the sense in which it is to be inferred from the words used or from the transaction or from both that the one party

¹ Law of Contract 2001 op 329.

gave and the other received it'.¹ In the common law, therefore, to speak of 'the outcome of consenting minds' or, even more mystically, of consensus ad idem is to mislead by adopting an alien approach to the problem of agreement. The function of an English judge is not to seek and satisfy some elusive mental element but to ensure, as far as practical experience permits, that the reasonable expectations of honest men are not disappointed. This is often compendiously expressed by saying that English law adopts an objective test of agreement."

In die bekende uitspraak in *Smith v Hughes*² het Blackburn R. gesê:

"If whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms."

Die tipiese geval van *mutual mistake* word só beskryf:

"... where each party is mistaken as to the other's intention, though neither realises that the respective promises have been misunderstood. This situation would arise, for instance, if B were to offer to sell his Ford Sierra car to A and A were to accept in the belief that the offer related to a Ford Granada."³

In die praktyk loop die objektiewe benadering uit op die vertrouensleer, soos uiteengesit in *Smith v Hughes*: die 'skuldige' word aan die skyn wat hy geskep het, gebonde gehou mits die vertroue van die teenparty 'n redelike

¹ Austin Lect XX1 n. 90.

² LR 6 QB 597.

³ Cheshire, Fifoot en Furmston 2001 op 272.

een was. Cheshire, Fifoot en Furmston¹ verduidelik dat in hierdie gevalle die vraag nie is wat die partye bedoel het nie, maar “... *what reasonable third parties would infer from their words or conduct ... Applying itself to that task, the court has to determine what Austin called ‘the sense of the promise’.* In other words, it decides whether a sensible third party would take the agreement to mean what A understood it to mean or what B understood it to mean, or whether indeed any meaning can be attributed to it at all. The promisor may have made his promise in one sense, the promisee may have accepted it in another. There may have been mistake of a fundamental character which caused the one to put a wrong interpretation upon the promise of the other. But it is for the court to decide what, if any, is the interpretation to be put on what the parties have said or done ... The result is that if, from the whole of the evidence, a reasonable man would infer the existence of a contract in a given sense, the court, notwithstanding a material mistake, will hold that a contract in that sense is binding upon both parties. The apparent contract will stand.”

Die *reasonable third parties*, of a *sensible third party* is, soos blyk uit die aangehaalde deel, eenvoudig die hof. Die toets is dus ‘n geheel-en-al objektiewe een.

As grondslag van die hoofbeginsel, dat nieteenstaande die *mutual mistake*, die persoon wat gefouteer het, aan die skyn wat hy verwek het gebonde gehou word, verwys Cheshire, Fifoot en Furmston² na die reeds bekende *Blackburn-dictum* en na ‘n soortgelyke formulering van Pollock C.B. in *Cornish v Abington*.³

¹ Law of Contract 2001 op 272.

² Law of Contract 1996 op 255.

³ [1859] 4 H & N 549 op 556: “If any person, by a course of conduct or by actual expressions, so conducts himself that another may reasonably infer the existence of an agreement ... whether the party intends that he should do so or not, it has the effect that the party using that language or who has so conducted himself, cannot afterwards gainsay the reasonable inference to be drawn from his words or conduct.”

Dieselfde outeurs verwys, ter staving van die hoofreël na *Wood v Scarth*¹ en *Scott v Littledale*² as voorbeelde. In eersgenoemde geval het A 'n aanbod deur middel van sy klerk gemaak om 'n kroeg teen £63 per jaar aan B te verhuur. B aanvaar die aanbod. A bedoel egter dat die aanbod betaling van 'n premie van £500 sal insluit. Dit is egter nooit so aan B gestel nie. A word aan die kontrak, soos B dit verstaan, gebonde gehou. In laasgenoemde saak het die verweerdere 'n honderd kiste tee afkomstig van 'n sekere skip aan eiser verkoop nadat 'n monster van die tee aan eiser gelewer is en eiser tevrede was om te koop. Later vind verweerdere uit dat hulle 'n vergissing begaan het en dat die kiste inderdaad 'n hoër graad tee bevat het. Hulle word nogtans aan die kontrak soos eiser dit verstaan het, gebonde gehou.

Die eerste en belangrikste kwalifikasie op die hoofreël is dat as die regter, sprekende namens die redelike persoon, nie die *sense of the promise* met redelike sekerheid uit die oogpunt van enigeen van die partye kan bepaal nie, daar geen kontrak is nie.

*Scriven Bros & Co v Hindley & Co*³ is 'n voorbeeld van dié reël. Op 'n veiling, so word beweer, verkoop eiser se afslaer 'n hoeveelheid *Russian tow* aan verweerdere. Daar is twee lotte op die katalogus, die ene bevattende *tow* en die een *hemp*. Die verweerdere glo beide lotte bevat *hemp*, omdat dit van dieselfde skip afkomstig is en omdat *hemp* en *tow* nog nooit tevore gelyktydig op een skip vervoer is nie. Die eerste lot bevat *hemp*. Die verweerdere koop die tweede lot, denkende dis *hemp*, terwyl dit inderdaad *tow* is. Die hof bevind dat die omstandighede so dubbelsinnig was dat dit nie bevind kan word wat, selfs volgens objektiewe uitleg, as kontrak gekonstrueer moet word nie.

'n Tweede kwalifikasie op die hoofreël is dat as daar *unilateral mistake* is, daar geen kontraktuele gebondenheid gekonstrueer kan word nie. *Unilateral*

¹ [1858] 1 F. en F. 293.

² [1858] 8 Eh en Bh 815.

³ [1913] 3 KB 564.

mistake soos gesê, kom voor waar A 'n dwaling in sy wilsverklaring begaan en B daarvan bewus is of redelikerwys bewus moes gewees het. Volgens die uitsprake¹ kan B nie vir A gebonde hou nie. 'n Bekende terrein van toepassing van hierdie beginsel is waar daar 'n *error in persona* is.²

In die algemeen bepaal die hof dus objektief wat die inhoud van die kontrak is: is dit ooreenkomstig A of B se siening. Skuld speel geen rol nie, maar as een van die partye, sê A, geweet het van die *dissensus* of redelikerwys daarvan moes geweet het (sien *Hartog v Colin and Shields*), is daar geen gebondenheid vir B nie.³ 'n Vraag wat die Engelse reg nie beantwoord nie, is of B dan vir A gebonde kan hou aan sy B, die onskuldige, se vertroue. Wat van *estoppel* – waarom kan dit nie hier geld nie? Die Engelse reg gee geen antwoord hierop nie.

In teenstelling met die howe wat *common law* toepas, kan howe wat *equity* toepas, benewens nietigverklaring van 'n kontrak, ook rektifikasie van die kontrak, ten einde 'n bevel van spesifieke nakoming af te weer, beveel.

In die geval van *dissensus* is die ruimte vir hierdie remedies baie eng. Die rede hiervoor is:

*“Equity follows the law in holding that a mutual mistake does not as a matter of principle nullify a contract.”*⁴

Dit is die hof wat weer eens die betekenis van die onderhandelinge en die *sense of the promise* moet bepaal. As dit gedoen is, is daar nie ruimte vir

¹ O.a. *Hartog v Colin and Shields* [1939] 3 All ER 566.

² Sien hieroor Cheshire Fifoot en Furmston 2001 op 274 ev.

³ Sien Cheshire Fifoot en Furmston 2001 op 276 ev.

⁴ Cheshire Fifoot en Furmston 2001 op 281 ev.

equity-remedies nie. Dit is die hoofreël,¹ wat egter onderhewig is aan twee kwalifikasies.

Die eerste is dat, soos in die *common law*, daar geen kontraktuele gebondenheid kan wees waar die een party bewus was of redelikerwys van die ander se dwaling bewus moes gewees het nie.² Die tweede kwalifikasie is dat daar in *equity* in elk geval 'n oorkoepelende diskresie is om nie spesifieke nakoming te beveel nie in weerwil van die bestaan van 'n kontrak. Wat *dissensus*-gevalle betref, is daar al om gemelde rede geweier om 'n kontrak af te dwing waar afdwinging daarvan hoogs onredelik (*unconscionable*) sou wees of waar die dwaling *bona fide* begaan is. Die grense van hierdie diskresie is nog nooit presies omlyn nie.

Unilateral mistake

In gevalle van *unilateral mistake* het mens basies met dieselfde feitekomplekse as by *mutual mistake* te doen (dit wil sê die partye verstaan mekaar verkeerd) maar met dié verskil dat by *unilateral mistake* een van die partye bewus was van die misverstand.

- (a) In *Hartog v Colin and Shields*³ het die verkopers haasvelletjies aangebied teen 'n sekere prys *per pound*, terwyl hulle bedoel het om dit aan te bied teen die sekere prys *per piece*. Die koper, wat bewus was van die verspreking, aanvaar die aanbod en poog om die beweerde *kontrak* af te dwing.

¹ Sien beslissings soos *Tamplin v James* [1880] 15 Ch D 215; *Van Praagh v Everidge* [1902] 2 Ch 266; *Powell v Smith* [1872] L.R. 14 Eq. 85; Cheshire, Fifoot en Furmston 2001 op 281 ev.

² *Webster v Cecil* (1861) 30 Beav. 62; *A Roberts & Co Ltd v Leicestershire County Council* [1961] 2 All ER 545; Cheshire, Fifoot en Furmston 2001 op 281 ev.

³ [1939] 3 All ER 566.

- (b) In *Webster v Cecil*¹ het Cecil aangebied om sy eiendom teen £1.250 te verkoop. Webster was bewus van die feit dat Cecil se bedoeling was om £2.250 vir die eiendom te vra, en dat Cecil 'n skryffout begaan het. Hy aanvaar egter die aanbod en poog om die kontrak af te dwing.
- (c) Onder *unilateral mistake* ressorteer ook die gevalle waar een persoon homself 'n valse identiteit toe-eien en weens die valse voorstelling, 'n ander oorhaal om met hom te kontrakteer.

In *Cundy v Lindsay*,² het Lindsay and Company, tekstielabrikante van Belfast, 'n brief van ene Blenkarn van 37 Wood Street, Cheapside ontvang. In die brief plaas hy 'n bestelling vir 'n besending sakdoeke, maar doen homself voor as ene Blenkiron van 'n bekende firma, Blenkiron and Company, van 123 Wood Street, Cheapside. Lindsay and Company, bewus van Blenkiron and Company, maar onbewus van hul korrekte adres, versend die sakdoeke na Blenkiron and Company, 37 Wood Street, Cheapside. Blenkarn ontvang die sakdoeke en verkoop dit aan Cundy. Blenkarn se bedrog kom op die lappe. Lindsay and Company eis die sakdoeke van Cundy terug op grond van die argument dat die kontrak tussen Lindsay and Company en Blenkarn weens die *dissensus* nietig was en hulle dus nog eienaar van die goedere is.

In *Ingram v Little*³ het ene X homself as PHM Hutchinson van Hamstead House voorgedoen en drie dames, die eienaars van 'n motor, as gevolg van dié voorstelling beweeg om hul motor aan hom te verkoop. Hy neem die motor en oorhandig 'n vervalste tjek aan die verkoopsters. Daarnag verkoop hy die motor aan die verweerder. Was daar 'n geldige kontrak tussen X en die dames?⁴

¹ [1861] 30 Beav 62.

² [1878] 3 App Cas 459.

³ [1961] 1 QB 31, [1960] 3 All ER 332 (CA).

⁴ Vir verdere voorbeelde sien *Gill v McDowell* [1903] 2 Ir. R 463; *King's Norton Metal Co. Ltd v Edridge Merrett & Co. Ltd* (1897) 14 TLR 98; *International Society of Auctioneers and Valuers Re Baillie's Case* [1898] 1 Ch 110.

- (d) Onder hierdie hoof ressorteer ook dié gevalle waar een party 'n ander oorreed om 'n kontrak te onderteken wat die ander onder normale omstandighede nie sou aangaan nie, omdat eersgenoemde die inhoud van die kontrak vals voorstel.

In *Foster v Mackinnon*¹ was 'n dokument aan 'n bejaarde man voorgelê met die voorstelling dat dit 'n waarborg was. Wat hy inderdaad onderteken het, was 'n wissel. Is daar enige verbintenis? Die hof sê nee.²

Dus: by *unilateral mistake*, waar een van die partye bewus was van die misverstand, kom geen kontrak tot stand nie, eenvoudig omdat daar nie 'n beskermenswaardige vertroue bestaan nie.

Die Suid-Afrikaanse reg³

Die *consensus*-vertrekpunt was reeds teen 1827 in die Kaap gevestig, soos Louis van Huyssteen⁴ aangetoon het. Dit word bevestig deur die vroegste gerapporteerde beslissings.⁵ Aan die begin van die twintigste eeu word gemelde uitgangspunte elokwent bevestig deur Hoofregter Innes in *Rood v Wallach*⁶ waar hy verklaar dat elke geoorloofde *nudum pactum* afdwingbaar is:

¹ [1869] LR 4 CP 704.

² Vgl. ook *Carlisle and Cumberland Banking Co. v Bragg*, (1911) 1 KB 489.

³ Sien veral Dale Hutchison *Contract Formation* in Zimmermann en Visser (eds) *Southern Cross* 1996 op 165-194.

⁴ *Some Notes on Roman-Dutch Law at the Cape under British Rule: Evaluation of a few general principles of the law of contract as applied by the Court of Justice between 1806 and 1827* in (1994) 62 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* op 357 ev.

⁵ *Louisa and Protector of Slaves v Van den Berg* (1830) 1 Menz 471; *Jacobson v Norton* (1841) 2 Menz 218.

⁶ 1904 TS 187 op 201.

"From the authorities I have quoted, and there are many others, the rule of the Roman-Dutch law seems clear – every agreement, not manifestly impossible, made deliberately and seriously, by persons capable of contracting, and having a ground or reason which is not immoral or forbidden by law, may be enforced by action, subject of course to any special legal defences which may arise in particular cases."

Kort na die skepping van die uniale Appèlhof in 1910 word gemelde standpunt onomwonde deur daardie hof in *Conradie v Rossouw* onderskryf.¹ De Villiers Wn AR stel dit só:²

"According to our law if two or more persons, of sound mind and capable of contracting, enter into a lawful agreement, a valid contract arises between them enforceable by action. The agreement may be for the benefit of the one of them or of both.³ The promise must have been made with the intention that it should be accepted;⁴ according to Voet the agreement must have been entered into serio ac deliberato animo. And this is what is meant by saying that the only element that our law requires for a valid contract is consensus, naturally within proper limits – it should be in or de re licita ac honesta."⁵

Die gedagte dat *consensus* die primêre grondslag van kontraktuele gebondenheid is, loop tot op die huidige soos 'n goue draad deur ons regspraak. In 1979 verklaar Jansen AR, met wie se uitspraak die ander vier

¹ 1919 AD 279.

² Op 320 van die verslag.

³ Met 'n beroep op De Groot *Inl.* 3.6.2.

⁴ Met 'n beroep op De Groot *Inl.* 3.1.48.

⁵ Solomon Wn HR stel die beginsel van kontraktuele gebondenheid in ons reg kort en kragtig op 288: *"An agreement between two or more persons entered into seriously and deliberately is enforceable by action."* Wessels AR verklaar ook in soortgelyke terme op 324: *"I agree with the conclusion arrived at that a good cause of action can be founded on a promise made seriously and deliberately and with the intention that a lawful obligation would be established."*

appèlregters saamgestem het, in *Saambou Nasionale Bouvereniging v Friedman*¹ dat:

"In die algemeen word geleer dat die grondslag van 'n ooreenkoms consensus ad idem, wilsooreenstemming tussen die partye, is. Ons bronne, literatuur en regspraak is deurspek met 'n terminologie en stellings wat daarop dui dat met consensus bedoel word die saamval van wat elke party werklik (psigologies) wil."

'n Meer onlangse voorbeeld van die toepassing van hierdie beginsel deur die Appèlhof is *Steyn v LSA Motors Ltd.*²

Die appellant, 'n amateur gholfspeler, ding mee in 'n gholfwedstryd, waaraan sowel beroeps- as amateurspelers mag deelgeneem het. Langs die sewentiende setperk word 'n splinternuwe Opel-motor uitgestal by 'n kennisgewingbord waarop die volgende woorde verskyn: *"Hole in one prize sponsored by Reeds Delta."*

Reeds Delta is die handelsnaam van die respondent. Die appellant het inderdaad die betrokke putjie in een hou voltooi. Hy het lewering van die uitgeloopte motor van respondent gevorder, welke eis deur respondent teengestaan is op grond daarvan dat die prys slegs aan beroepspelers aangebied is.

Die hof het die getuienis van die respondent dat die aanbod slegs bedoel was om vir beroepspelers te geld, aanvaar. Insgelyks het die hof die getuienis van appellant, dat hy nie bewus van dié voorbehoud was nie en nie die aankondiging van dié voorbehoud gehoor het nie, aanvaar.

¹ 1979 (3) SA 978 (A) op 993 E ev.

² 1994 (1) SA 49 (A).

Weens gemelde feitebevindinge, so bevind Botha AR, was daar geen *consensus* nie.¹

"On this footing the appellant's intention was to accept what he believed to be an offer by the respondent to him, while the respondent through Smal had no intention of making any offer to the appellant. The minds of the parties never met; there was not consensus, but dissensus."

Eenmaal as die hof, volgens bestaande reëls, op die feite bepaal het dat daar *dissensus* is, kom verdere vrae ter sprake om te bepaal of daar nogtans gebondenheid in een of ander vorm is; 'n proses wat goed geïllustreer word in die pas bespreekte *Steyn v LSA Motors Ltd*. Hieroor later.²

Die siening dat *consensus* die primêre interne grondslag van kontraktuele gebondenheid in ons reg is, is deel van die alledaagse regspraktyk en vorm die basis van talle uitsprake.

Daar is 'n hele aantal gebiede van die kontraktereg waar die howe duidelik die subjektiewe benadering as uitgangspunt gebruik. Ek noem die belangrikste:

- (1) Word 'n verklaring gemaak sonder die bedoeling dat dit as 'n aanbod of aanname sal geld, is daar geen *consensus* en as uitgangspunt geen kontrak nie. Ons howe is heeltemal bereid om die werklike bedoeling van die verklaarder na te speur en effek daaraan te gee. In *Ferguson v Merensky*³ rig Merensky 'n brief aan Ferguson waarin sekere voorstelle vervat is. Ferguson meen die brief is 'n besliste aanbod en aanvaar dit. Toe Ferguson die gewaande kontrak probeer afdwing, beweer

¹ Op 60 I-J van die verslag.

² Sien ook die uitspraak van Van Heerden R in *Ridon v Van der Spuy and Partners (Wes-Kaap) Inc.* 2002 (2) SA 121 (K).

³ 1903 TS 657.

Merensky dat die brief nie as 'n vaste aanbod bedoel is nie. Hoofregter Innes meen Merensky se bedoeling moet die deurslag gee:¹

"The whole question, therefore, is whether when Merensky wrote that letter he meant it to be, and whether in law it is a firm offer from which he could not withdraw, and an offer which the plaintiff was entitled to accept. In my opinion it is clear that Merensky never intended that to be a firm offer."

Ferguson se *aanname* kan dus geen kontrak in die lewe roep nie. Hoofregter Innes toon ook aan hoe die bedoeling van 'n verklaarder in die praktyk beskerm word:²

"Now, when a plaintiff comes into a court seeking to enforce a contract of sale, and the defendant says that he did not mean to enter into the contract, the onus lies upon the plaintiff to prove that the contract was actually concluded. The benefit of any doubt should be given in favour of the person who says he did not intend to enter into the contract."

Die beginsel toegepas in *Ferguson v Merensky* is nagevolg in *Efroiken v Simon*³ en deur die Appèlhof bevestig in *Kerkraad van Van der Bijlpark-Wes Gemeente van die NG Kerk, Transvaal v Van der Wath*.⁴ Eiser, 'n elektriese-ingenieur, lê 'n tender aan die verteenwoordiger van die verweerder (appellant) voorgelê. Die tender word deur die verteenwoordiger van die verweerder aanvaar, maar met die bedoeling dat daar nie 'n kontrak tussen die eiser en die verweerder tot stand sal kom nie, maar wel 'n kontrak tussen die eiser en die hoofbouaannemer wat deur die verweerder aangestel is. Die Appèlhof

¹ Op 660.

² Op 659.

³ 1921 CPD 367.

⁴ 1964 (3) SA 64 (A).

beslis ten gunste van die verweerder: geen kontrak het tot stand gekom nie, omdat die verweerder nie die bedoeling gehad het om hom aan die eiser te bind nie en omdat die verweerder nie van skuldige skynverwekking verwytd kan word nie.¹ Daarenteen word, na noukeurige opweging van die feitelike getuienis in *CGEE Alstom Equipments and Enterprises Electriques, South African Division v GKN Sankey (Pty) Ltd*² bevind dat 'n aanbod en aanname met die nodige gebondenheidsbedoeling gepaard gegaan het.³

- (2) Die bedoeling van die aanbieder bepaal wie die aanbod mag aanvaar. As 'n aanbod aan A gemaak word met die bedoeling dat slegs A mag aanvaar, is 'n aanname deur X of deur A en B gesamentlik nie 'n verbintenisskeppende feit nie. In *Hersch v Nel*⁴ verklaar Schreiner AR⁵ dat die bedoeling van die aanbieder bepaal wie die aanbod mag aanvaar. In *Bird v Sumerville and Another*⁶ maak Bird 'n aanbod aan Sumerville; die aanbod word aanvaar deur Sumerville en sy eggenote gesamentlik. Hoexter Wn AR onderskryf⁷ die beginsel soos vasgelê in *Hersch v Nel*, naamlik dat die bedoeling van die aanbieder bepaal wie

¹ Die bespreking van die skuld van die verweerder – sien 68 en 69 – slaan op die vertrouwensbeginsel. Sien bespreking hieronder.

² 1987 (1) SA 81 (A).

³ Sien ook *Total South Africa (Pty) Ltd v Bekker* NO 1992 (1) SA 617 (A) op 625 F ev.; *Kock & Schmidt v Alma Modehuis Edms Bpk* 1959 (3) SA 308 (A) op 314 B ev.; *Electronic Building Elements v Huang* 1992 (2) SA 384 (W) op 386 C – 387 E; *Dilokong Chrome Mines (Edms) Bpk v Direkteur-Generaal, Departement van Handel en Nywerheid* 1992 (4) SA 1 (A) op 17 I ev.; *Minister of Home Affairs and Another v American Ninja IV Partnership and Another* 1993 (1) SA 257 (A) op 267 A ev.

⁴ 1948 (3) SA 686 (A).

⁵ Op 692.

⁶ 1961 (3) SA 194 (A).

⁷ Op 202.

die aanbod mag aanneem en beslis¹ dat geen koopkontrak deur die gewaande aanname tot stand gekom het nie.²

- (3) Die bedoeling van 'n persoon om 'n aanbod te aanvaar veronderstel bewussyn van die aanbod. As iemand onbewus is van 'n aanbod, kan hy dit nie aanvaar nie omdat die *animus contrahendi* ontbreek. In *Bloom v American Swiss Watch Co*³ stel Innes HR dié beginsel onomwonde.⁴
- (4) Die beginsel dat 'n kontrak slegs tot stand kom indien daar wilsooreenstemming tussen die partye is, is al talle kere deur ons howe beklemtoon, o.a. in *Conradie v Rossouw, supra*.
- (5) Die konstruksie wat ons howe aan die beding ten behoeve van 'n derde gee, beklemtoon ook die *consensus*-beginsel. Die regsband tussen die skuldenaar en die derde kom tot stand, nie bloot *ex lege* nie, maar omdat die derde die voordeel wat die skuldenaar aanbied, *aanvaar*.⁵

¹ Op 203.

² Sien ook *Hill v Faiga* 1964 (4) SA 594 (W); *Godfrey v Paruk* 1965 (2) SA 738; *Baker v Crowie* 1962 (2) SA 48 (N); *Mineworkers' Union v Cooks* 1959 (1) SA 709 (W); *Blew v Snoxell* 1931 TPD 226; *Fram v Rimer* 1935 WLD 5; *Bala v Van der Westhuizen and De Klerk* 1941 TPD 5; *Barnett and Another v Abe Swersky and Associates* 1986 (4) SA 407 (C).

³ 1915 AD 100.

⁴ Op 103. Sien ook Solomon AR op 105.

⁵ Sien *Ex parte Isted* 1948 (2) SA 71 (K) op 81; *Monto and Another v Campbell and Others* 1951 (4) SA 372 (T) op 377 E-F; *Van der Plank NO v Otto* 1912 AD 353; *McCullogh v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204; *Machina Bpk v Kriel en Andere* 1960 (1) SA 572 (C) op 582; *Crookes NO and Another v Watson and Others* 1956 (1) SA 277 (A) op 291; *Salisbury Bottling Co v Lomagundi Distributors Pty Ltd* 1965 (3) SA 503 (SR) op 510 C-E; *Commercial & Industrial Holdings (Pty) Ltd v Braamfontein Industrial Sites (Pty) Ltd* 1969 (1) SA 479 (T) op 493 H; *Goldfoot v Meyerson* 1926 TPD 242 op 247; *NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 (3) SA 82 (T) te 86 G tot 87 C, 88 B; *Malelane Suikerkorporasie (Edms) Bpk v Streak* 1970 (4) SA 478 (T) op 481 C – 482 D; *Botes v Afrikaanse Lewensversekeringsmaatskappy Bpk en 'n Ander* 1967 (3) SA 19 (W) op 23 F-G; *Van der Plank v Otto* 1912 AD 353.

- (6) Ons howe is ook bereid om agter die fasade van 'n kontrak te gaan kyk na die ware bedoeling van die partye, ten einde te bepaal of dit 'n egte dan wel gesimuleerde transaksie is. Is daar geen ware *animus contrahendi* nie, is die transaksie nietig.¹
- (7) Of daar 'n bepaalde verpligting op 'n party uit 'n kontrak ontstaan het, hang af van die bedoeling van die partye tot die kontrak.²
- (8) Of 'n stilswyende beding in 'n ooreenkoms ingelees moet word, hang in die laaste instansie af van die gemeenskaplike bedoeling van die partye.³
- (9) As *consensus* met betrekking tot 'n wesenlike term nog nie bereik is nie en die partye nog daaroor moet ooreenkom, is daar geen kontrak

¹ Sien *Standard Bank van SA en 'n Ander NNO v Van der Merwe* NO 1960 (4) SA 282 (C) op 284 H tot 286 E; *McAdams v Fiander's Trustee and Bell* NO 1919 AD 207; *Commissioner for Inland Revenue v Saner* 1927 TPD 162; *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369; *Ruskin NO v Thiergen* 1962 (3) SA 737 (A) op 746 E-G; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302; *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman and Another* (2), 1954 (4) SA 649 (W) op 658; *Hartzenberg v Secretary for Inland Revenue* 1965 (4) SA 282 (W); *Skjelbreds Rederi A/S and Others v Hartless (Pty) Ltd* 1982 (2) SA 710 (A) op 732 ev.; *Boots Co (Pty) Ltd v Somerset West Municipality* 1990 (3) SA 216 (C) op 375 G ev.

² Sien *Kock & Schmidt v Alma Modehuis (Edms) Bpk* 1959 (3) SA 308 (A) op 313 H; *Phillips v Aida Real Estate (Pty) Ltd* 1975 (3) SA 198 (A) op 205 H; *Da Silva v Janowski* 1982 (3) SA 205 (A) op 218 G-210 C.

³ *Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd* 1952 (1) SA 211 (A); *Van der Merwe v Viljoen* 1953 (1) SA 60 (A); *Kock and Schmidt v Alma Modehuis (Edms) Bpk* 1959 (3) SA 308 A op 313 H; *Cape Town Municipality v Silber* 1971 (2) SA 537 (C) op 543 C-D; *SA Mutual Aid Society v Cape Town Chamber of Commerce* 1962 (1) SA 598 (A) op 615 C-E; *Van Zyl v Burger en Andere* 1965 (3) SA 221 (0) op 225 F; *Durban City Council v Liquidators of Durban Icedromes Ltd and Another* 1965 (1) SA 600 (A) op 611 B-D; *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz* 1971 (3) SA 188 (A) op 196 H-197 E; *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial* 1974 (3) SA 506 (A) op 526 E-F; *Van den Berg v Tenner* 1975 (2) SA 268 (A) op 276 H-277E; *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Faux Ltd* 1916 AD 105 op 112; *Barnabas Plein & Co v Sol Jacobson & Son* 1928 AD 25 op 31; *HSM (Pty) Ltd v Volkswagen Motor Port* 1986 (4) SA 22 (CC) op 27 G ev.; *Delfs v Keuhne and Nagel (Pty) Ltd* 1990 (1) SA 822 (A) op 827 B ev.; *Wilkins NO v Voges* 1994 (3) SA 130 (A) op 136 H ev. en 140 B ev.

nie,¹ selfs nie indien hulle ooreenkom op 'n meganisme om bestaande terme te wysig of aan te val nie.²

- (10) Waar daar gebruik gemaak word van 'n tussenpersoon om 'n aanbod of aanname oor te dra en die wilsverklaring word verkeerdelik oorgedra, dan is daar geen konsensus en geen kontrak nie.³
- (11) Of die opskrifstelling van 'n mondelinge ooreenkoms 'n blote bewysregtelike dan wel verbindende rol speel, hang af van die wil van die partye.⁴
- (12) Of 'n stilswyende ooreenkoms aangegaan is, hang af van die bedoeling van die partye soos blyk uit die gedrag van die betrokkenes en al die omringende omstandighede asook die vraag of daar *consensus ad idem* is.⁵

¹ Sien *Potchefstroom Municipal Council v Bouwer NO* 1958 (4) SA 382 (T) op 384 A-H; *R v Kramer* 1948 (3) SA 48 (N) op 52; *Lategan and Another NNO v Boyes and Another* 1980 (4) SA 191 (T) op 203 D ev. oor *wesenlikheid van terme*. *Steyn NO v Lomlin (Edms) Bpk* 1980 (1) SA 167 (O) op 170 E-F.

² *Kenilworth Palace Investments (Pty) Ltd and Another v Ingala and Another* 1984 (2) SA 1 (C) veral op 11 A-G. Sien egter *CGEE Alstom Equipments et Enterprises Electriques, South African Division v GKN Sankey (Pty) Ltd* *supra* op 92 B ev. vir 'n alternatiewe benaderingswyse.

³ *Sien Stewart v Zagreb Properties (Pty) Ltd* 1971 (2) SA 346 (RA) op 350 E ev.

⁴ *Goldblatt v Freemantle* 1920 AD 123 op 128-129; *Woods v Walters* 1921 AD 303 op 305; *Malcolm v Cooper and Others* 1974 (4) SA 52 (C) op 56 F-H.

⁵ *Frame v Palmer* 1950 (3) SA 340 (K) op 345 C-E; *Salisbury Bottling Co (Pty) Ltd v Lomagundi Distributors (Pty) Ltd* 1965 (3) SA 503 (SR) op 512 B-F; *Fiat SA v Kolbe Motors* 1975 (2) SA 129 (O) op 138 C-D; *Plum v Mazista Ltd* 1981 (3) SA 152 (A) op 164 A-C; *Joel Melamed and Hurwitz v Cleveland Estates (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 155 (A) op 164 H-165 F; *Standard Bank of SA Ltd and Another v Ocean Commodities Inc. and Others* 1983 (1) SA 276 (A) op 292 B-C; *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* 1983 (1) SA 978 (A) op 981 A ev. Kyk ook *Ally v Dinath* 1984 (2) SA 451 (T) op 454 F ev.; *Triomf Kunsmis (Edms) Bpk v AE & CI Bpk en Anders* 1984 (3) SA 102 (A) op 124 C; *Joel Melamed and Hurwitz v Cleveland Estates (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 155 (A) op 164 G ev.

- (13) Indien daar *consensus* is maar dit word nie korrek in die skriftelike stuk weerspieël nie, kan laasgenoemde deur 'n hofbevel gerektifiseer word.¹
- (14) Wat die tyd en plek van totstandkoming van 'n kontrak betref, geld by ons die vernemingsteorie, wat die element van bewuste *consensus* as uitgangspunt neem.²

Die *consensus*-uitgangspunt speel egter ook nie in ons reg 'n solo-rol nie. Die vertrouensbeginsel speel 'n aanvullende rol. In beginsel kom dit daarop neer dat as A hom so gedra dat B, volgens objektiewe en redelike standarde, onder die indruk gebring is en kon word dat A se wil op een ding gerig is, kan A nie later kom aanvoer dat sy wil inderdaad op 'n ander ding gerig was nie. Die beginsel neem in ons reg een van twee vorme aan (*justus error* en konstruktiewe *consensus*) maar, welke vorm ookal van toepassing is, is die onderliggende idee dié van vertrouensbeskerming deur 'n sg. objektiewe benaderingswyse.

Met die insig wat ons vandag het, en veral op grond van die wysheid wat regsvergelyking meegebring het, weet ons vandag dat die subjektiewe en die objektiewe benaderings langsmekaar kan staan en aanvullend of samewerkend kan geld. Die subjektiewe benadering is die eerste vertrekpunt. Slegs as dit nie geld nie en die billikhede verg 'n ander oplossing as blote ontkenning van aanspreeklikheid, word die objektiewe benadering nadergeroep en toegepas.

Ongelukkig was dit nie die insig wat ons howe vroeg in die twintigste eeu openbaar het nie en wat sommige skrywers tot laat in die twintigste eeu nog

¹ *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 op 289; *Meyer v Merchants' Trust Ltd* 1942 AD 244; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1976 (2) SA 337 (C).

² *Dietrichsen v Dietrichsen* 1911 TPD 486 op 494-495; *R v Dembovsky* 1918 CPD 230 op 240-241; *R v Nel* 1921 AD 339; *McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries Ltd* 1922 AD 16 op 22; *Smeiman v Volkersz* 1954 (4) SA 170 (K) op 176; *Cecil Jacobs (Pty) Ltd v MacLeod & Sons* 1966 (4) SA 41 (N); *Driftwood Properties v McLean* 1971 (3) SA 591 (A); *Orion Investments (Pty) Ltd v Ujamaa Investments (Pty) Ltd and Others* 1988 (1) SA 583 (ZS) op 588 B ev.

kortgekom het. Die fout is gemaak om in daardie gevalle waar daar geen *consensus* was nie maar die billikheid en regverdigheid 'n objektiewe benadering aangedui het, om die subjektiewe, *consensus*-uitgangspunt geheel en al te verdoem en voor te gee asof slegs die objektiewe element geld.

'n Suiwer benadering is gevolg deur die Appèlhof in *I Pieters and Co v Salomon* in 1911.¹ Die eiser het teenoor 'n groep skuldeisers van Bergers, een waarvan die verweerder was, onderneem om Bergers se skuld aan hulle te delg. Die eiser, volgens die feitebevinding, was van mening dat Bergers £345 3s 5d aan verweerder verskuldig is volgens 'n lys in hul besit. Die lys is volgens die bevindinge van die verhoorhof, wat deur die Appèlhof as korrek aanvaar is, nie aan die skuldeisers bekend gemaak nie. Die werklike bedrag aan die verweerder verskuldig was egter £490. Verweerder het beweer dat hy op eiser se versoek 'n rekening waarop dié bedrag verskyn aan eiser gestuur. Verweerder se getuienis dat hy eiser se aanbod aanvaar het op die basis dat die bedrag van £490 aan hom betaal sou word, is ook aanvaar. Innes R, met wie Lord De Villiers HR en Solomon R saamgestem het, het bevind dat indien die eiser die gemelde rekening ontvang het en nie aanspreeklikheid daarvoor ontken het nie, dit vrugteloos vir die eiser sou gewees het om aan te voer dat daar geen onderneming was om gemelde bedrag te betaal nie.² Maar, het Innes R voortgegaan, selfs al was sodanige rekeninge nooit gestuur of ontvang nie, is die resultaat van die eiser se optrede om nie die lys met die omvang van die skulde wat hy bereid was om te betaal, te openbaar nie, maar om te onderneem om *al* Bergers se skuld te betaal, dat die eiser nie aanspreeklikheid vir die volle bedrag kan ontken nie. Die beginsel van *Smith v Hughes*, waarna die advokate in hul betoog verwys het,³ word deur Innes R toegepas.⁴

¹ 1991 AD 121.

² Op 136.

³ Sien op 127 van die verslag.

⁴ Op 137.

"When a man makes an offer in plain and unambiguous language, which is understood in its ordinary sense by the person to whom it is addressed, and accepted by him bona fide in that sense, then there is a concluded contract. Any unexpressed reservations hidden in the mind of the promisor are in such circumstances irrelevant. He cannot be heard to say that he meant his promise to be subject to a condition which he omitted to mention, and of which the other party was unaware."

En weer op 138:

"The promisor is bound to perform what his language justified the promisee in expecting."

Na my mening word die jukstaposisie tussen die subjektiewe, *consensus* uitgangspunt en die objektiewe, *Smith v Hughes*-benaderingswyse netjies deur Innes R toegelig.¹

Ongelukkig het helder insigte nie die uitspraak van Wessels AR in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd*² gekenmerk nie. Die feite, ietwat vereenvoudig, was dat ene Zoutendyk, as agent van die SA Spoorweë, 'n ooreenkoms met ene Usher, as agent van die Pacific Railway maatskappy in Argentinië beding het vir die aankoop van 'n groot besending spoorstawe en –plate. Volgens 'n bevestigende brief van Usher aan Zoutendyk is ooreengekom dat betaling sal geskied teen "£15 or £18 respectively or equivalent at par paper or gold" (my beklemtoning). Zoutendyk het 'n afskrif van dié brief aan Hoy, die algemene bestuurder van die SA Spoorweë in Suid-Afrika gestuur. Hoy, wat voorheen 'n onbeperkte volmag aan Zoutendyk gegee het, het nie teen dié term beswaar gemaak nie. Hoy gee hierna opdrag aan die Nasionale Bank om die verskuldigde bedrag

¹ Sien ook *Lewis v Elske* 1921 AD 36 op 45.

² 1924 AD 704.

aan Pacific Railways te betaal. Dit is gedoen en wel teen die ooreengekome *pari* waarde. Die Spoorweë beweer nou dat die bank nie teen *pari* waarde moes betaal het nie, maar teen die heersende wisselkoers soos op die datum van betaling. Die Spoorweë beweer dat die Bank £16453 17s 8d te veel oorbetaal het.

Die eis is deur die verhoorhof verwerp en die appèl daarteen het misluk. Die *ratio* van die uitspraak van Wessels AR (met wie Innes HR, De Villiers en Kotze ARR saamgestem het) is dat as aanvaar sou word op die getuienis dat die ware ooreenkoms tussen Zoutendyk en Usher 'n mondelinge een was en dat daarvolgens niks oor die terme van betaling ooreengekom is nie, dan moes Zoutendyk nie die brief voormeld as korrek aanvaar het nie, nòg moes Hoy dit aanvaar het. Wessels AR vervolg dan:¹

"It seems to me it is now too late for Zoutendyk or for the South African Railways to say that the terms of the letter of 8th April are not the true terms of their contract. Zoutendyk adopted the letter as containing the whole contract exactly as if he had affixed his name to it. To hold otherwise would be to introduce confusion and uncertainty into an ordinary business transaction and to make the common every-day commercial practice of recording a verbal arrangement in a letter a source of danger and anxiety. The law does not concern itself with the working of the minds of parties to a contract, but with the external manifestation of their minds. Even therefore if from a philosophical standpoint the minds of the parties do not meet, yet, if by their acts their minds seem to have met, the law will, where fraud is not alleged, look to their acts and assume that their minds did meet and that they contracted in accordance with what the parties purport to accept as a record of their agreement. This is the only practical way in which Courts of law can determine the terms of a contract. In my opinion, therefore, Usher's letter of the 8th April must be accepted as setting out

¹ Op 715-716.

the contract between the parties – the contract upon which the rails were parted with and upon which they were accepted.”

Veel kritiek kan teen dié uitspraak geopper word. Bo-aan die lys staan 'n ernstige strukturele gebrek. Die SA Spoorweë se skuldoorsaak berus op die terme van sy opdrag aan die bank, en nie op die kontrak tussen Zoutendyk en Usher nie. Volgens die uitspraak¹ was die opdrag aan die bank bloot om 'n bedrag aan Pacific Railways se bank te betaal “... on production of inspection certificates and complete shipping documents.” Dit is wat die bank gedoen het en soos blyk uit die uitspraak² kan geen verwyte die bank tref nie.

Hoe dit ook al sy, die meer pertinente beswaar lê opgesluit in die sin “*The law does not concern itself with the working of the minds of parties to a contract, but with the external manifestation of their minds.*”

Hoe onwaar dié stelling is, blyk nie alleen uit die historiese grondslae van ons kontraktereg nie, maar ook uit die talle uitsprake, reeds voor 1924, waarin die vraag of daar ware *consensus* voor hande is, in elke geval vooropstaan³ en, les bes, uit Wessels AR se eie naartogte ondersoek na Zoutendyk, Usher en Hoy se ware bedoelings in die onderhawige saak. As ware *consensus* dan irrelevant is, waarom daarna soek?

Die gemelde uitlating is 'n voorbeeld van 'n ongenuanseerde houding en gee te kenne dat slegs die objektiewe benaderingswyse moet geld. Die waarheid is dat die subjektiewe en objektiewe benaderingswyse opeenvolgens op dieselfde feitestel toegepas kan word. Maar vir diegene wat nie laasgenoemde insigte het nie, was dit water op die meul en het aanleiding gegee tot stellings soos dat ons reg in die algemeen 'n objektiewe benadering

¹ Op 713-4 en op 716 *in medio*.

² Op 716.

³ Vgl. o.a. *Conradie v Rossouw, supra*.

volg.¹ Ook Christie² praat dié uitlating goed, maar op 'n erg onoortuigende wyse. Volgens hom kan 'n *true agreement* slegs openbaar word deur *external manifestations*, dus moet 'n mens se benaderingswyse noodwendig *generally objective* wees.

Suiwerder is die insigte en kritiek van Kerr.³ Hy toon aan dat die Wessels-*dictum* nie deur die agbare regter self toegepas is nie.⁴ Tweedens toon hy tereg aan dat die Wessels-*dictum* gevalle van bedrog en *dissensus*, waar juis, in die eerste instansie na die bedoeling van partye gesoek word, totaal uit die oog verloor. Derdens toon hy aan dat die Wessels-*dictum* deur Steyn HR in die Appèlhof in *Trollip v Jordaan*⁵ in nogal sterk terme verwerp is:

“Heeltemal letterlik geneem, sonder enige voorbehoud, sou hierdie passasie elke beroep op dwaling en ook die verbeteringsreg ten aansien van 'n geskrif uitsluit ... Ten spyte daarvan dat die geleerde Regter alleen bedrog uitsonder, kan ek nie aanneem dat hy hom die bevoegdheid wou aanmatig om 'n streep deur sowel ons reg insake dwaling by kontraksluiting as die verbeteringsreg van 'n kontraktant te trek nie. Ek het geen twyfel dat hy geen sodanige letterlike bedoeling gehad het nie.”

Kerr⁶ verwys ook tereg op die kritiek van Jansen AR in die Appèlhof in *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman*.⁷

¹ Sien o.a. *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 (2) SA 473 (A) op 479 per Schreiner AR; *Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* 1974 (4) SA 164 (D) op 172 per Howard R.

² *The Law of Contract* 4e uitgawe Butterworths Durban 2001 op 26.

³ *The Principles of The Law of Contract* 6e uitgawe Butterworths Durban 2002 op 20 ev.

⁴ Sien my eerste punt van kritiek hierbo.

⁵ 1961 (1) SA 238 (A) op 248 G-H.

⁶ *Principles* 2002 op 23.

⁷ 1979 (3) SA 978 (A) op 994 A.

“Dat Appèlregter Wessels se benadering tot die begrip consensus ad idem, soos hierbo gestel, geheel onversoenbaar is (tensy op fiksies teruggeval word) behoort duidelik te wees.”

Kerr¹ pleit onomwonde vir 'n verwerping van die Wessels-*dictum* en verskaf 'n nuttige lys van gevalle uit ander regsvalgebiede waar daar geen probleme is om die ware bedoeling van *party of partye* vas te stel nie, bv. die strafreg, familiereg, deliktereg, erfreg en eiendomsreg.

'n Laaste opmerking ten aansien van die gewraakte Wessels-uitlating en ander soortgelyke *dicta* is miskien die belangrikste. Dit is dat die uitlating en die *dicta* almal betrekking het op die uitleg-probleem en nie as algemene beginsel geformuleer is of bedoel is nie. Dit is reeds geargumenteer dat die sg. objektiewe benaderingswyse juis in die Engelse reg by die uitleg-probleem ontstaan het en vandaar na ons reg insake uitleg oorgewaaï het – en vandaar sommer as algemene beginsel aanvaar is. Dit is, soos reeds aangetoon, ten enemale nie die posisie nie. Ook in hierdie geval moet die stertjie nie die hondjie swaai nie.

Die korrekte insig in die subjektief-objektief dikotomie is m.i., om dit weer te stel, dat die subjektiewe uitgangspunt die eerste en fundamentele een is. Slegs as dit nie kan geld nie, dus, daarvolgens geen gebondenheid kan wees nie, maar redelikheid en billikheid aandui dat die vertroue van die ander party beskerm moet word, geld die objektiewe leer. Dit sal die geval wees by *dissensus*, *uitleg* en sommige gevalle van *aanvulling*, soos hieronder aangetoon sal word.

Om hierdie rede moet die volgende stelling van Farlam en Hathaway² ten volle ondersteun word:

¹ *Principles* 2002 op 24-25.

² *Contract Cases, Materials and Commentary* 3e uitgawe redakteurs GF Lubbe en CM Murray Juta Kaapstad 1988 op 114.

"It seems fair to say, therefore, that South African law recognizes a dual basis for contractual liability, with both subjective and objective elements playing a part. This approach addresses the deficiencies of the will theory, without doing away with the basic point of departure, namely that contractual liability is primarily based on the free exercise of individual autonomy by the parties."

Dwaling en *dissensus*

Dit bring my dan direk by die dwalingsprobleem in die Suid-Afrikaanse reg, een van daardie gebiede waar die *consensus*-beginsel nie konsekwent en onwrikbaar kan geld nie, maar onder bepaalde voorwaardes deur 'n objektiewe benaderingswyse, wat in wese vertrouensbeskerming ten doel het, aangevul word.

Menige regsgeleerdes van verskeie lande en verskillende tye het al versugtinge oor die moeilikheidsgraad van die dwalingsprobleem (waarvan *dissensus* 'n onderdeel is) uitgespreek. Enige regsgeleerde, wat die Suid-Afrikaanse reg op gebied probeer beskryf, sal dié versugting deel. Daar is geen breë eensgesindheid oor die sistematiek van die dwalingsveld nie, laat staan nog oor die praktiese oplossing van *dissensus*-gevalle of ten aansien van die onderliggende regswetenskaplike beginsels waarvolgens hofuitsprake gegee word. Selfs die outeurs van die verskillende hand- en naslaanwerke gee verskillende interpretasies aan hofbeslissings en verskil van mekaar oor die teorie wat toegepas word of moet word.¹

¹ Die algemene literatuur is Farlam en Hathaway (reds. Lubbe en Murray) *Contract-Cases, Materials and Commentary* 3de uitg. Juta & Co. Kaapstad 1988 op 95-181; Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke, Lubbe en Lotz *Kontraktereg Algemene Beginsels* Juta, Kaapstad 1994 derde herdruk 1999 op 16-41; De Wet en Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 5de uitg. Butterworth Durban 1992 op 9-41; Kerr *The Principles of the Law of Contract* 6de uitg. Butterworths Durban, 2002 op 241 ev.; Christie *The Law of Contract* 4de uitg. Butterworths Durban 2001 op 363-389; *LAWSA First Reissue* Butterworths Durban vol. 5 part 1 1994 op 196-201; D. Hutchison, B. van Heerden, DP Visser en CG van der Merwe *Wille's Principles of South African Law* 8ste uitg. Juta & Co. Kaapstad 1991 op 416-421. Ek verwys, waar nodig, na tydskrifartikels, waarvan daar talle is, die meeste waarvan, in die lig van die stroom van nuwe uitsprake, verouderd voorkom.

Dit is nie die doel van hierdie bydrae om 'n verhandeling oor die dwalingsprobleem te poog nie. Vir huidige doeleindes gaan dit oor die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Die dwalingsprobleem is belangrik, maar ook slegs belangrik in soverre dit lig op gemelde grondslag of grondslae kan werp. Om daardie rede vermy ek dus detail, debatte en opvattinge wat, hoe interessant ookal, nie vir gemelde beperkte doel behulpzaam is.

In aansluiting by die gemenerereg en in ooreenstemming met die regstelsels hierin onderskei, word 'n onderskeid deur ons howe en skrywers tussen dwaling wat *consensus* uitsluit en dié wat nie *consensus* uitsluit nie, getref. Eersgenoemde kategorie word gewoonlik *dissensus* genoem, maar ook wesenlike dwaling, *essential, material or operative mistake*.

In die algemeen beteken die woord 'dwaling' 'n wanopvatting, misgissing, fout en sluit onkunde in. So 'n dwaling kan op 'n *legio* maniere ontstaan. Dit kan 'n eenvoudige dwaling in die motiewe of beweegredes van een van die partye, wat vir hom of haar tot die bepaalde kontraksluiting beweeg het, wees, byvoorbeeld ek koop die perd Kolbooi omdat ek verkeerdelik dink dat dit 'n afstammeling van die beroemde renperd Encore is. Dit kan egter ook 'n dwaling wees wat op die terme van die kontrak self slaan, byvoorbeeld ek dink verkeerdelik dat die verkoper waarborg dat Kolbooi se voorvader wel Encore is. Klaarblyklik kan geen regstelsel duld dat 'n kontraksparty hom of haar vrylik op enige soort dwaling mag beroep nie, want dan sal die hele regsinstelling van kontrak 'n dooie nul wees. Andersyds is daar klaarblyklik dwalinge wat só belangrik of wesenlik is dat die reg wel daarvan kennis moet neem. Hoe word tussen wesenlike en onwesenlike dwalings onderskei?

In ons reg word 'n dwaling wat glad nie 'n party se besluit om op 'n bepaalde wyse en terme te kontrakkeer, beïnvloed het nie, as irrelevant aangemerkt – al

is dit deur 'n wanvoorstelling van die teenparty veroorsaak.¹ So ook is 'n blote dwaling in die beweegrede wat nie die prestasieverpligtinge raak nie, irrelevant, tensy dit deur die teenparty veroorsaak is. In laasgenoemde geval leer ons reg dat die kontrak wel geldiglik tot stand kom, maar onder bepaalde voorwaardes op grond van wanvoorstelling aanvegbaar is. Die aanvegtingsgrond is die wanvoorstelling, nie die dwaling nie.²

Ek het in die bespreking van die Romeinse reg na *error in substantia* en *error in materia* verwys. Eersgenoemde het nietigheid teweeggebring, laasgenoemde nie. Eersgenoemde soort *error* is blykbaar as 'n *consensus*-uitsluitingsgrond beskou. Dit is nie die posisie in ons reg nie. Beide vorme van *error* kan egter, as dit deur 'n wanvoorstelling van die teenparty veroorsaak is, aanvegbaarheid meebring – nie weens die *error* nie, maar weens die wanvoorstelling.³

In die bespreking van die Engelse reg het ek na die verskynsel van *common mistake* verwys. Dit kom voor waar beide partye die kontrak aangaan terwyl hulle onder dieselfde wanindruk oor 'n wesenlike aangeleentheid verkeer. Ook in ons reg ken ons *common mistake* oftewel gemeenskaplike dwaling. In hierdie gevalle is daar *consensus*. Die vraag is of die partye aan die kontrak gebonde moet bly. Tot in 2002 was die posisie dat as die feit waaroor wedersyds gedwaal word, *weselik* is, was die kontrak nietig.⁴ Daar het toe

¹ *Gollach and Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills and Produce Co (Pty) Ltd and others* 1978 (1) SA 914 (A) op 927; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 (3) SA 562 (A) op 587; De Wet en Van Wyk 1992 op 10.

² *Sien Trollip v Jordaan* 1961 (1) SA 238 (A); *Janowski v Fourie* 1978 (3) SA 16 (O); *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 (2) SA 893 (A); *Spindrift (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* 1986 (1) SA 303 (A) op 319; Van der Merwe *et al.* 1999 op 20; Lubbe en Murray 1988 op 132 ev.

³ *Trollip v Jordaan, supra*; *Papadopoulos v Trans-State Properties and Investments Ltd* 1979 (1) SA 682 (W); Lubbe en Murray 1988 op 125.

⁴ *Dickinson Motors (Pty) Ltd v Oberholzer* 1952 (1) SA 443 (A); *Gollach and Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills and Produce Co (Pty) Ltd and Others* 1978 (1) SA 914 (A); *Papadopoulos v Trans-State Properties and Investments Ltd and Another* 1979 (1) SA 682 (W); *Kenilworth Palace Investments (Pty) Ltd and Another v Ingala and Another* 1984 (2) SA 1 (K); *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd* 1985 (2) SA 378 (K); *Ornelas v Andrew's Cafe* 1980 (1) SA 378 (W) op 294; *Smith NO and Another v Van Reenen Steel (Pty) Ltd and Another* 2002 (2) SA 613 (D) veral op 620 D ev.

nog onsekerheid te heers oor die vereistes vir en grondslag van nietigheid.¹ Hierdie onsekerheid is in *Van Reenen Steel (Pty) Ltd v Smith NO and Another*² aangespreek. Aangesien dit nie in hierdie gevalle om dissensus gaan nie, laat ek die probleem daar.

Dit bring my dan by daardie gevalle van dwaling wat *consensus* uitsluit en wat gewoonlik *dissensus* genoem word. Die partye is dit nie werklik eens nie, maar meen dat hulle *consensus* bereik het. Sodanige dwalings kan op 'n *legio* maniere ontstaan. Die mees voorkomende gevalle is waar A wat 'n aanbod aan B maak, hom verspreek en iets anders sê as wat hy bedoel het, sonder dat hy daarvan bewus is. B aanvaar die aanbod. Daar is oënskylnike, maar geen ware *consensus* nie. Dieselfde kan gebeur waar A 'n skryffout of tikfout begaan of sy boodskap word verkeerd aan B oorgedra; of waar A sekere woorde gebruik wat hy meen X beteken terwyl B meen dat dit Y beteken en die aanbod op daardie basis aanvaar. Dit kan ook gebeur dat A se aanbod, bedoel om B te bereik, by C beland, wat dit aanvaar menende dat dit vir hom bedoel was; of dat A 'n aanbod maak aan B om 'n saak van B te koop, bedoelende saak X, terwyl B meen dat die aanbod op Y betrekking het en dit aanvaar.

Dieselfde probleem ontstaan waar A 'n handeling verrig wat lyk soos 'n aanbod en as sodanig aanvaar word, maar inderdaad het A dit nie so bedoel nie. Die teksboek voorval is dié van die veilingganger wat na 'n vriend wuif. Bekende voorbeelde is ook gevalle waar A 'n skriftelike kontrak onderteken sonder om dit te gelees het, terwyl daar 'n klousule voorkom waartoe hy inderdaad nie wou toestem nie.³

¹ Sien Hunt 1964 SALJ 153; Nienaber 1965 THRHR 149; Lubbe en Murray 1988 op 134 ev.

² 2002 (4) SA 264 (SCA).

³ Sien vir voorbeelde en bespreking De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 1992 op 10-11.

Wat ookal die ontstaansrede vir die dwaling, moet steeds voor oë gehou word dat dit slegs relevant is indien *consensus* daardeur uitgeskakel word. In die algemeen kan gesê word dat dit 'n feitelike vraag is of daar, in weerwil van die dwaling, steeds wilsooreenstemming tussen die partye oor hul prestasieverpligtinge was. 'n Baie goeie illustrasie van die wyse waarop ons howe so 'n probleem benader, is dié van *Steyn v LSA Motors Ltd*,¹ wat reeds hierbo² aangeraak is. Dit was, so sal die leser onthou, die geval van die amateur gholfspeler wat gemeen het dat hy op die uitgeloofde prys vir 'n putjie-in-een geregtig is. Die Appèlhof het die getuienis noukeurig nagegaan, bevind dat die partye verskillende opvattinge gehad het oor die sentrale vraag of die speler op die prys geregtig sou wees as hy 'n droomhou slaan, en beslis dat daar nie *consensus* was nie.³

Gemelde benaderingswyse word nie deur die integrasie-reël (die *parol evidence rule*) in die weg gestaan nie. 'n Party word altyd toegelaat om, selfs ten aansien van 'n skriftelike kontrak, gebrek aan *consensus* te probeer bewys.⁴

Soos reeds aangedui, was daar in die Romeinse reg 'n *numerus clausus* van dwalingsgevalle ten opsigte waarvan erken is dat dit *consensus* uitsluit – *error in corpore*, *error in negotio*, *error in persona*, *error in pretio* en, moontlik, *error in substantia*. Ook ons ou skrywers het die patroon gevolg. In ons reg geld hierdie benadering nie meer nie, behalwe dan as nuttige hulpmiddel om *dissensus* te identifiseer. Daarom vind mens nog van tyd tot tyd gemelde

¹ 1994 (1) SA 49 (A).

² Hoofstuk 203.

³ Sien ook as 'n goeie illustrasie die uitspraak in *Ridon v Van der Spuy and Partners Inc* 2002 (2) SA 121 (C).

⁴ *Johnston v Leal* 1980 (3) SA 927 (A) op 946 E; *Janowski v Fourie* 1978 (3) SA 16 (O) op 21 C; *Kok v Osborne and Another* 1993 (4) SA 788 (SE) op 796 H; *Maresky v Morkel* 1994 (1) SA 249 (C) op 256 E-F.

uitdrukkings in die regspraak – as *a posteriori* kategorisering, en nie as *determinante* faktor nie.¹

Die twee benaderingswyses: *justus error* en *konstruktiewe consensus*²

Die *justus error*-benaderingswyse gaan uit van die standpunt dat daar, in weerwil van wesenlike *dissensus*, 'n geldige kontrak tussen die partye tot stand kom, maar weens een party se *error* wat die *dissensus* veroorsaak het, aangeveg kan word. As dié persoon kan bewys dat sy *error* redelik of *bona fide* of *justus* was, word hy toegelaat om 'uit die kontrak' te tree en moet wedersydse *restitutio in integrum* plaasvind. Was sy *error* nie *justus* nie, bly hy aan die 'kontrak', soos dit deur die teenparty verstaan is, gebonde.³ Hierdie benaderingswyse word in die akademiese literatuur⁴ beskryf as gebaseer op die objektiewe benaderingswyses en neem die verklaringsleer as die vertrekpunt. Daar word ook gesê dat die vertrouensleer in hierdie gevalle sogenaamd "indirekte" werking geniet.

Die uitdrukking *konstruktiewe consensus* is my eie skepping en kom nie in die regspraak of literatuur voor nie. *Dit word hier gebruik as 'n neutrale term as beskrywend van daardie oplossing van die dissensus-probleem waardeur die redelike vertroue van die kontrakopwerper beskerm word teen die kontrakontkenner omdat laasgenoemde op so 'n wyse opgetree het dat die skyn van consensus verwek is en die kontrakopwerper daarvolgens gehandel het.* Die resultaat is dat die kontrak regtens 'tot stand kom' of gehandhaaf word volgens die vertroue van die kontrakopwerper, die sogenaamde

¹ Tereg dus hieroor *LAWSA First Reissue* vol. 5 deel 1 1994 op 199 met vermelding van uitsprake; Kerr *The Principles* 2002 op 246 ev wat meer aan die tradisionele indeling gebonde is; ook Farlam R in *Maresky v Morkel supra* op 256 G-H.

² Vir 'n oorsig van die problematiek en die regspraak, sien veral Hutchison *Contract Formation* in Zimmermann en Visser (redakteurs) *Southern Cross* Juta Kaapstad 1996 op 180-194.

³ *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 (2) SA 465 (A) op 471 B-C; Schalk van der Merwe, *Die Duiwel, die Hof en die Wil van 'n kontraktant* in JC Noster Butterworths Durban 1979 op 31.

⁴ Sien TB Floyd en C-J Pretorius *A reconciliation of the different approaches to contractual liability in the absence of actual consensus* in 1992 (55) THRHR op 668.

onskuldige. In die literatuur word gesê dat hierdie oplossing die wilsleer as vertrekpunt neem, en dat die vertrouensleer sogenaamd “direk” toegepas word.¹

Die *justus error*-benadering

In die lig van die onsekerhede en debatte in die kontemporêre regsliteratuur oor hierdie benadering, is dit noodsaaklik dat ons moet onthou hoe gemelde leerstuk in ons reg ontstaan het. Dit was beslis nie 'n leerstuk of benaderingswyse van ons gemenereg nie. Dit is ook nie uit die Engelse reg oorgeneem nie. Dit het hier spontaan en, as mens suiwer dogmaties wil wees, op 'n twyfelagtige basis ontstaan.

Die heel eerste uitspraak in dié verband is *Heatlie v Colonial Government*.² Die regering het 'n grondstuk, waarop 'n huis gebou was, aan Heatlie verkoop. Die regering beweer later dat sy amptenare onbewus van die bestaan van die huis was en dat dit nooit hul bedoeling was om die kontrak in gemelde vorm te sluit nie. Heatlie se advokaat betoog dat die regering se *error* aan die amptenare se nalatigheid te wyte was en dat die regering dus nie op *restitutio in integrum* geregtig is nie. De Villiers HR gaan nie in op die vraag of die *error* aan nalatigheid te wyte was nie, maar beslis eenvoudig sonder om na enige gesag te verwys dat Heatlie se vertroude redelik was en beskerm moet word en wel by wyse van instandhouding van die kontrak.

Drie jaar later word die *redelike vertroude* van die een kontraktant weer beskerm, omdat die ander kontraktant 'n *onredelike vergissing* begaan het. Die saak is dié van *Logan v Beit*.³ Logan het 100 aandele *cum rights* aan Beit verkoop. Beit verstaan onder die uitdrukking *cum rights* dat hy op reeds toegewese bonus-aandele geregtig is, terwyl Logan die teendeel bedoel het.

¹ Sien Floyd en Pretorius 1992 op 668.

² (1887) 5 SC 353.

³ (1890) 7 SC 197.

Beit eis lewering van die bonus-aandele en as alternatief *restitutio in integrum* op grond van dwaling. De Villiers HR verklaar:¹

"By our law error or mistake on the part of one of the parties to a contract will, under certain circumstances, entitle him to restitution, but it must be justus error, that is to say, a mistake which is reasonable and justifiable. In the present case there may be some doubt as to the meaning of the term 'rights' but, whatever the meaning may be, the plaintiff was not reasonably justified in supposing that rights which shareholders had already acquired in the way of bonus shares were intended to be sold under the phrase 'cum rights' ... at all events the defendant was not responsible for the plaintiff's ignorance. Under these circumstances there appears to me not to have been such justus error on the plaintiff's part as to entitle him to relief."

Smith R kom tot dieselfde gevolgtrekking: daar word nie beweer dat Beit weens 'n wanvoorstelling mislei is nie en dus: "... plaintiff is not entitled to set aside the contract on the ground that there was no consensus ..."²

Die belangrike kenmerk van hierdie beslissing is dat die vraag of 'n *error* aan die kant van die dwalende *justus* is of nie, vir die eerste keer beantwoord word met verwysing na die vraag of die *ander party* verantwoordelik was vir die dwalende se *error*, byvoorbeeld deur 'n wanvoorstelling. Mens kry onmiskenbaar die indruk dat die blote onskuld, onkunde of fout van die dwalende, hoe *bona fide* ookal, waar dit nie deur die teenparty veroorsaak is nie, nie voldoende is om aan kontraktuele gebondenheid te ontsnap nie. Maar, en dis ewe belangrik, geen gesag word vir die benaderingswyse verstrekkend.

In *Maritz v Pratley*¹ verskil die koper en verkoper oor die *merx*: die verkoper bedoel om 'n marmervoetstuk te verkoop terwyl die koper meen hy koop die

¹ Op 216.

² Op 217.

voetstuk en 'n spieël, wat tydens die veiling daarop staan. De Villiers HR beslis dat daar geen kontraktuele gebondenheid is nie:

*"I think upon the whole there was sufficient evidence to justify the Magistrate in holding that there was a bona fide mistake, and that the defendant did not agree to purchase the same thing which the plaintiff was endeavouring to sell, ..."*²

Die blote redelike vergissing van die kontraktenkenner is dus voldoende aanvegtingsgrond.

In 1903 kom die *justus-error*-leerstuk weer ter sprake en wel in die konteks van die vraag of die ondertekenaar van 'n skriftelike dokument aanspreeklikheid uit hoofde van die dokument kan vermy deur aan te voer dat hy dit nie gelees het nie of nie ag geslaan het op die bepalings daarvan nie. Hierdie vraag wat die onderwerp was van *Burger v Central South African Railways*,³ sou telkens daarna weer aandag geniet. Keer op keer is die vraag: is 'n *justus error* voorhande? Die uitsprake illustreer 'n besliste ontwikkeling in regsopvattinge. In die gemelde beslissing kom die kwessie van *veroorsaking* en *blaaam* ter sprake. Die werknemer van die afsender van 'n krat regsboeke onderteken die vragbrief van die spoorwegmaatskappy sonder om dit te lees of op die terme daarvan ag te slaan. Een van die terme is die inkorporasie van die spoorwegregulasies, wat nie aangeheg is nie, en waarvan 'n versender se vergoeding weens verlies van die versende goedere beperk het. Toe Burger se krat boeke in die hande van respondent verlore gaan, eis hy vergoeding van sy skade, bereken volgens die markwaarde van die regsboeke. Respondent beroep hom op die skriftelike vragbrief. Die hof, by monde van Innes HR, beslis dat die ondertekenaar se fout in die

¹ (1894) 11 SC 345.

² Op 347.

³ 1903 TS 571.

onderhawige geval nie 'n *justus error* is wat hom op *restitutio in integrum* geregtig maak nie. Op 578 verklaar die hof:

"Neither fraud nor misrepresentation have been alleged; nothing was said by any railway official which misled the signatory; the language of the document was one which the consignor understood; no pressure of any kind was exercised. All that can be said is that the consignor did not choose to read what he was signing, and after he signed did not know the particulars of the regulations by which he had agreed to abide. For the Court to hold upon these facts that the appellant is legally justified in repudiating his signature would be a decision involving farreaching consequences, and it would be a decision unsupported by any principle of our law. The mistake or error of the signatory in the present case was not such justus error as would entitle him to claim a restitutio in integrum, or as could be successfully pleaded as a defence to an action founded upon the written contract, and therefore it cannot be used for the purpose of attacking that contract when the railway seeks to rely upon it."

In *Merrington v Davidson and Others*¹ en *De Villiers v Parys Town Council*² is die gemelde leerstuk weer toegepas.

Die vraag of 'n redelike vergissing, wat nie deur die teenparty veroorsaak is nie, voldoende is om kontraktuele gebondenheid uit te sluit, is egter bevestigend beantwoord in 'n uitspraak van die Oos-Kaapse Afdeling in 1914, te wete *Van Rensburg v Rice*.³ Ook kry ons nou vir die eerste keer 'n poging om die *justus error*-benaderingswyse op grond van ons gemenerereg te regverdig. Rice, wat grond op die huurkoopstelsel gekoop het, bedoel om sy belang in die grond vir £360 te verkoop; Van Rensburg meen hy koop die grond vir £360. Regter *McGregor* beslis dat die partye nie aan mekaar

¹ (1905) 22 SC 148.

² 1910 ORC 55.

³ 1914 EDL 217.

gebonde is nie, en verskaf vir die eerste keer 'n historiese regverdiging vir dié leerstuk:

"We next come to the question whether in the present case the remedy of restitution in integrum can be properly applied – is it (in the words of Taylor, in the passage just quoted¹) 'such a mistake as ought to be corrected?' This is not the least difficult question arising in the present case, and Mr Sampson cited cases in our own Courts (notably those of Logan v Beit, 7 SC 197, and Port Elizabeth Harbour Board v Mackie, Dunn & Co, 14 SC 469) to show that there was no justus error – and consequently no ground for the invocation of the special remedy of restitution. Now what constitutes just error must always, to some extent, be a question of fact depending on the circumstances of the particular case; one cannot lay down an absolute rule, or seek to catch every possible colour of circumstance. The Praetor gave relief where persons had made a mistake by excusable error (justus error): see Digest (4.1.1 and 2); Voet (4.1.26 and 29); and we are told that relief is not to be given to persons who are negligent (Digest (4.6.16). As Grotius in one place puts it: 'Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo expremendo, et damnum inde alter passus est, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato'. (De Jure Belli ac Pacis, bk. 2, c. 11, sec. 6. no. 3."

Die belangrike punt is dat die gesag aangehaal uit die *Digesta* en Voet nie op die kontraktereg betrekking het nie, maar op eise onder die *condictio indebiti* op gebied van die *verrykingsreg*. Dit is van fundamentele belang om in te sien dat dit onder dié *condictio* gegaan het om 'n oënskynlik geldige betaling, wat later blyk onverskuldig was. Die betaler is tegemoet gekom om terug te eis slegs as sy dwaling *justus* was. Dit was 'n regverdigheidsremedie. Die teks uit De Groot is nie hiermee onversoenbaar nie. McGregor R bevind

¹ Die verwysing is na die Engelse skrywer Taylor *On Evidence* 10e uitg. par. 1198.

tereg dat daar geen *wilful ignorance* of nalatigheid was nie en staan *restitutio in integrum* toe. Dus: 'n redelike vergissing, wat nie deur die teenparty veroorsaak is nie, is voldoende basis vir aanvegting.

Die kwessie van *justus error*, die ondertekening van 'n skriftelike dokument en die vraag of die teenparty vir die *error* verwyte kan word, kom weer ter sprake in 'n sleutelbeslissing van die Transvaalse Afdeling in 1921 in *Shepherd v Farrell's Estate Agency*.¹ Die respondent vorder in 'n landdroshof agentekommissie ten bedrae van £75 van appellant en slaag in die eis. Respondent beroep hom op 'n skriftelike dokument wat deur appellant onderteken is en waarin appellant onderneem om £75 kommissie te betaal indien sy belang in 'n sekere vennootskap verkoop word. Die dokument bevat die volgende klousule: "*Sole selling rights. Commission payable to above agency, irrespective of whether sold through this agency, privately, or otherwise, within a period of three months from date.*" Appellant het inderdaad ook 'n mandaat aan 'n ander agentskap verleen om die vennootskapsbelang te bemark. Binne die vermelde drie maande termyn word die belang verkoop, maar nie deur toedoen van respondent nie.

Uit die getuienis het geblyk dat appellant die respondent aanvanklik genader het weens 'n advertensie van laasgenoemde wat onder andere gelui het *Our motto: No sale, no charge*. Die hof bevind dat die advertensie en die vermelde kontrakterm direk strydig is. Die hof bevind voorts dat appellant geregtig was om te aanvaar dat die kontrak wat hy gevra is om te onderteken, wesenlik met die advertensie in ooreenstemming sou wees. Die las was dus op die respondent om te bewys dat hy duidelik aan appellant verduidelik het dat hy van voorneme was om van die advertensie af te wyk.² Die hof aanvaar die appellant se getuienis dat hy die dokument geteken het weens 'n wanbegrip van die gevolg daarvan "*... and for that misapprehension the plaintiffs (i.e. respondent) themselves are to blame. ... It is their fault that they*

¹ 1921 TPD 62.

² Op 65 van die verslag met verwysing na die Engelse beslissing in *Moorhouse v Woolfe* 46 LT 374.

did not explain to the defendant that they were departing entirely from their advertisement and that they were going to impose this unusual contract upon him."¹ Die appèl word dus gehandhaaf.

Hier word die lyn, wat begin is in *Logan v Beit*, naamlik dat die vraag of die *error justus* is of nie, ook afhang daarvan of die teenparty (die kontrakopwerper) daarvoor te blameer is, deurgetrek. Is hy verwytpaar, is die *error justus*; is hy nie, is die *error injustus* en is daar kontraktuele gebondenheid.

In 1952, in *Ex parte Rosenstein*,² word vereis dat die vergissing *reasonable and justifiable* moet wees, maar daar word nie gesê welke toets of toetse aangewend moet word nie. Is *reasonable* 'n aparte vereiste, los van *justifiable*? Indien wel, wat is die verskil?

Hoe dit ook al sy, mens kan sekerlik die stelling maak dat teen die middel- vyftigerjare die *justus error*-leerstuk redelik goed in ons reg ingeburger was. Die redelike vertroue van die kontrakopwerper word beskerm, behalwe as daar 'n *justus error* aan die kant van die kontrakontkenner was. Die *error* sal *justus* wees:

- (i) as dit veroorsaak is deur laakbare gedrag van die kontrakopwerper, byvoorbeeld 'n wanvoorstelling of versuim om 'n indruk wat hy self geskep het, reg te stel, of
- (ii) volgens enkele uitsprake, bloot as die dwaling, hoewel nie deur die ander party verwek nie, redelik en verskoonbaar is.

Stelling (i) word bevestig deur twee Appèlhof-uitsprake in 1958 waarin getwyfel word aan die geldigheid en voortbestaan van stelling (ii).

¹ Mason R op 66. Die uitsprake van Bristowe en Gregorowski RR is in hier voege.

² 1952 (2) SA 324 (T).

In *George v Fairmead (Pty) Ltd*¹ was die feite dat die appellant as eiser aksie teen die respondent vir betaling van skadevergoeding ten bedrae van £125.3s ingestel het. Terwyl die appellant 'n loseerder in respondent se hotel was, is van sy klere en persoonlike besittings, ter waarde van gemelde bedrag, uit sy kamer gesteel. Sy aksie was op nalatigheid aan respondent se kant gebaseer. Die verweer van respondent, wat tans ter sake is, was dat appellant, toe hy sy intrek in die hotel geneem het, die hotelregister geteken het. Een van die terme wat op die hotelregister voorgekom het, is 'n afstanddoening deur die loseerder van enige aksie teen die hoteleienaar vir verlies of beskadiging van sy eiendom. Appellant het erken dat hy die hotelregister onderteken het, maar het in getuienis aangevoer dat daar nie deur die ontvangsdame aan hom verduidelik is dat hy, deur die hotelregister te teken, terselfdertyd 'n kontrak onderteken nie. Hy het nie besef dat hy 'n kontrak sluit nie en het nie die fyndruk op die hotelregister gelees nie en was nie van die gewraakte terme bewus nie.

Eerstens word deur die Appèlhof by monde van Fagan HR beslis dat, in die lig van appellant se erkenning dat hy die kontrakvorm geteken het, die las op hom rus om te bewys dat daar 'n feite- en regsbasis bestaan waarvolgens hy nie aan die kontrak gebonde is nie.²

Tweedens verwys Fagan HR na die reël wat in *Burger v Central South African Railways* bevestig is, te wete dat waar 'n handelingsbevoegde persoon 'n kontrak onderteken, hy aan die gewone betekenis en effek van die terme daarvan gebonde is; dat die blote feit dat die ondertekenaar nie die dokument gelees het nie, geen verweer is nie en dat vir 'n geslaagde beroep op *justus error* bewys van bedrog of 'n wanvoorstelling, 'n duidelike misverstand of vorm van druk (dwang) vereis word.

¹ 1958 (2) SA 456 (A).

² Op 470 A-B.

Fagan HR bevind dat die ontvangsdame appellant geensins mislei het nie.¹ Appellant het egter ook op die volgende omstandighede as grondslag vir *justus error* staat gemaak: hy het reeds 'n mondelinge kontrak met die ontvangsdame gesluit en het geen rede gehad om te glo dat hy gevra sou word om boonop 'n skriftelike kontrak te teken nie. Die hotelregister is voor hom geplaas bloot as *hotelregister* en in besonder het die ontvangsdame nie sy aandag daarop gevestig dat die geskrewe kontrak 'n nuwe beding bevat nie.²

Fagan HR vra: wanneer kan dit gesê word 'n *error* is *justus* tot so 'n mate dat dit iemand in staat stel om sy oënskynlike toestemming tot 'n kontraktuele beding te repudieer? Volgens Fagan HR is die eerste vraag of die kontraktenkenner te verwyte is in die sin dat hy deur sy gedrag die skyn van *consensus* geskep het? Indien wel, is daar gebondenheid, maar:

*"If his mistake is due to a misrepresentation, whether innocent or fraudulent, by the other party, then of course, it is the second party who is to blame and the first party is not bound."*³

Hier vind ons dus 'n duidelike aanduiding dat *error* ook *justus* is wanneer dit deur 'n wanvoorstelling, hetsy skuldig, hetsy onskuldig, van die teenparty veroorsaak is.

Die geleerde Hoofregter verwys na gevalle waarin dieselfde beginsel toegepas is – te wete *Mans v Union Meat Co*,⁴ die Engelse saak van *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Company Limited*⁵ en *Shepherd v Farrell's Estate Agency*.⁶ Die Hoofregter formuleer vervolgens die beginsel: wanneer

¹ Op 470 H.

² Op 471 A.

³ Op 471 C-D.

⁴ 1919 AD 268.

⁵ [1951] 1 ALL ER 631 (CA).

⁶ 1921 TPD 62.

iemand gevra word om sy handtekening op 'n dokument te plaas, moet hy besef dat hy gevra word om sy instemming met die woorde wat bo sy handtekening verkyn te betuig. Wil hy van aanspreeklikheid ontsnap, moet hy die hof oortuig dat hy mislei is met betrekking tot die betekenis van die gemelde woorde. Daardie misleiding kan bestaan uit 'n wanbeskrywing van die dokument of 'n wanvoorstelling ten aansien van die inhoud daarvan.

Op die feite van die betrokke geval, bevind die hoofregter, het die appellant besef dat hy nie 'n blote register teken nie, maar 'n dokument wat kontraktermen bevat.¹ As hy verkies het om nie die terme te lees nie, dan het hy met oop oë die risiko aanvaar. Hy kan nie aanvoer dat sy *error justus* was nie. Appellant is dus aan die gewraakte kontrakbeding gebonde. Daar was geen misleiding deur die ontvangsdame nie.

Op dieselfde dag waarop die Appèlhof die argument in *George v Fairmead (Pty) Ltd, supra*, aangehoor het, is ook die appèl in *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board*,² nog 'n geval waarin *justus error* ter sprake gekom het, aangehoor.

Die Respondent het tenders aangevra vir die oprigting van 'n voorafvervaardigde staalskuur. Die appellant was een van 'n aantal tenderaars. Drie maande later ontvang appellant 'n brief van respondent, geteken deur sy bestuurder, dat appellant se tender aanvaar is. Appellant plaas onmiddellik 'n bestelling vir die vervaardiging van die skuur en tref reëlins met 'n subkontraakteur vir die oprigting daarvan. Twee dae later word appellant egter deur respondent in kennis gestel dat die Raad van respondent inderdaad nie appellant se tender nie, maar dié van 'n ander tenderaar aanvaar het. Die reeds genoemde brief van aanname van appellant se tender is per abuis gepos. Dit blyk uit die getuienis dat respondent se uitvoerende komitee inderdaad appellant se tender aanvaar het en dat die

¹ Op 472 G-H.

² 1958 (2) SA 473 (A).

bestuurder, in die verwagting dat respondent se Raad 'n soortgelyke besluit sou neem, intussen 'n konsepbrief van aanname van appellant se tender vir versending voorberei het. Die Raad besluit egter om 'n ander tenderaar se tender te aanvaar, maar die genoemde brief is weens 'n administratiewe oorsig wel aan appellant gestuur. Die hof, by monde van Schreiner AR, bevind, onder andere, dat die respondent se *error* nie redelik was nie. Daar is dus kontraktuele gebondenheid. Appellant was gevolglik geregtig om respondent se ontkenning van die bestaan van die kontrak as repudiëring te beskou en te aanvaar en is respondent weens kontrakbreuk geregtig op skadevergoeding.

In die loop van die uitspraak verklaar Schreiner AR die volgende oor die kwessie van *justus error*.¹

"Our law allows a party to set up his own mistake in certain circumstances in order to escape liability under a contract into which he has entered. But where the other party has not made any misrepresentation and has not appreciated at the time of acceptance that his offer was being accepted under a misapprehension, the scope for a defence of unilateral mistake is very narrow, if it exists at all. At least the mistake (error) would have to be reasonable (justus) and it would have to be pleaded. In the present case the plea makes no mention of mistake and there is no basis in the evidence for a contention that the mistake was reasonable."

Uit hierdie uitspraak blyk dus weereens dat die operasionele gebied van *justus error* baie eng getrek word. Daar moet of 'n bewussyn wees by die kontrakopwerper dat die teenparty gedwaal het, of daar moes misleiding (soos bedoel in *George v Fairmead (Pty) Ltd, supra*) deur die kontrakopwerper gewees het. Word nie aan een van dié twee voorwaardes voldoen nie, aldus die Appèlhof, is dit te betwyfel of enige beroep op *justus error* gedoen kan word. Dat blote eensydige *justus error* voldoende is, word

¹ Op 479 G-H.

dus aan twyfel onderwerp. Die deur word egter nie heeltemal toegemaak nie, maar op 'n klein skrefie oopgelaat, soos blyk uit die laaste twee sinne van die aangehaalde passassie. Die vraag wat oopgelaat word, is: in hoeverre kan die kontraktenkenner hom ooit beroep op 'n *justus error* wat nie deur die teenparty veroorsaak is nie?

Na gemelde twee uitsprake volg 'n aansienlike aantal uitsprake wat met *justus error* handel. Oorhoofs kan gesê word dat baie van hierdie uitsprake handel met die geval waar A 'n kontrak teken sonder om dit te lees of behoorlik te lees, en dan later aan kontraktuele gebondenheid wil ontsnap deur aan te voer dat hy nie van 'n sekere beswarende klousule daarin bewus was nie, of dat dit nie in ooreenstemming is met die voorafgaande voorstellings deur B nie, of dat hy oor die aard en strekking van die kontrak of oor die identiteit van die persoon met wie hy onderhandel het, mislei is.

In hierdie gevalle is die vertrekpunt *caveat subscriptor*. Die grondslag van dié vertrekpunt is dat 'n party wat 'n kontrak onderteken versigtig moet wees, want deur die ondertekening skep hy 'n vertroue by die teenparty dat hy tot die volle ooreenkoms instem.

In ander gevalle, waar die *caveat subscriptor*-reël nie van toepassing is nie, geld dieselfde vertrekpunt. Deur tot die voorgestelde ooreenkoms toe te stem, skep A die vertroue van *consensus* by B, dit wil sê dat sy instemmingshandeling volkome met 'n instemmingswil gepaard gaan.

Om te slaag met 'n beroep op *justus error* moet A nou bewys dat sy dwaling redelik oftewel verskoonbaar was. Dit kan hy op die volgende maniere bewys:

- (a) Eerstens, dat hyself, eensydiglik en ongeag die optrede van B, redelik of verskoonbaar of *onskuldig* opgetree het. Dit is immers die effek van *George v Fairmead* en van *National and Overseas Distributors, supra*.

Gemelde beginsel is in *Diedericks v Minister of Lands*¹ toegepas, om maar een voorbeeld te noem. In 1953 het die staat ingevolge 'n wetsbepaling 'n stuk grond by wyse van 'n huurkontrak aan eiser toegeken. Die skriftelike kontrak bepaal dat indien die staat die grond of 'n deel daarvan later vir eie doeleindes benodig, hy daarop geregtig sal wees. 'n Vergoedingsformule is in die kontrak uiteengesit. In 1962 besluit die staat om 'n deel van die grond terug te neem. 'n Amptenaar van die Departement van Lande skryf 'n brief aan eiser waarin vergoeding ten bedrae van R2477 aangebied word. Eiser aanvaar die aanbod. 'n Maand later word die eiser deur 'n amptenaar van dieselfde departement in kennis gestel dat die aangebode bedrag van R2477 nie volgens die kontrakformule bereken is nie; dat die aanbod foutief was te wyte aan 'n klerklike oorsig. Die genoemde aanbod word gerepudieer en 'n veel laer aanbod word gemaak. Eiser weier die repudiasie en eis 'n verklarende bevel dat daar 'n geldige kontrak bestaan vir betaling van R2477.

Miller R bevind dat die eiser inderdaad onbewus was van die kontraksbeding wat die vergoedingsklousule bevat.² Maar, bevind die hof, daardie onkunde het geen rol gespeel by eiser se besluit om die aanbod ten bedrae van R2477 te aanvaar nie. Toe hy die aanbod ontvang het, het hy nie geweet dat verweerder die vergoedingsformule uit die oog verloor het nie. Vir hom was die aanbod 'n duidelike, vaste aanbod. Daar is dus geen sprake van *snatching a bargain* aan eiser se kant nie. Hy was nóg bewus van verweerder se dwaling, nóg het hy enige wanvoorstelling aan verweerder gemaak. Miller R bevind dat

¹ 1964 (1) SA 49 (N).

² Op 54 B-D.

daar nie 'n *justus error* voorhande is nie: daar was klaarblyklik nalatigheid aan die kant van die amptenare van die staat.¹

'n *Error* wat nie deur die teenparty veroorsaak is nie, is ook, op die besondere feite van elke geval, as *justus* al dan nie beskou in *Gollach and Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills and Produce Co (Pty) Ltd and Others*;² *Osman v Standard Bank National Credit Ltd*;³ *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling*;⁴ *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker*;⁵ *Kok v Osborne and Another*⁶ en *Lake and Others NNO v Caithness*⁷ 'n saak wat met *error in persona* handel.

- (b) Tweedens, dat sy *error*, hoewel opsigself genome *injustus*, deur 'n wanvoorstelling van B, hetsy opsetlik, nalatig of onskuldig, veroorsaak is.

¹ *Miller R* verklaar op 57 D: "... the conclusion is inescapable that the defendant's 'overlooking' of the resumption clause was due to negligence by an official or officials acting on his behalf in connection with this very transaction. It was not a reasonable or excusable error at all; it seems to me to have been a blunder which could, with the exercise of moderate care, have been avoided. Moreover, as I have already pointed out, defendant's error was not due to any misrepresentation by plaintiff who neither knew of the error nor was concerned with defendant's motives or reasons or beliefs in making the offer. In such circumstances the mistake cannot successfully be set up as a defence by the erring party when sued upon the contract. (*Logan v Beit* 7 SC 197 at p. 216; *Van Rensburg v Rice* 1914 EDL 217; *Ex parte Rosenstein* 1952 (2) SA 324 (T) at p. 326). This is so even if the mistake was one which touched the reality of defendant's assent to the contract, (which, as I have said, I do not consider it did) for his conduct in making the offer induced in the other contracting party a justifiable belief that the defendant intended to be bound, with the result that the matter is dealt with as if there were mutual assent." (Cf. *Van Rhyn Wine and Spirit Co. v Chandos Bar* 1928 TPD 417 at pp. 422-4 and see *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 (2) SA 456 (AD) at p. 471).

² 1978 (2) SA 914 (A).

³ 1985 (2) SA 374 (K) sien veral op 388 G-H.

⁴ 1986 (4) SA 917 (T) veral op 926 D-E.

⁵ 1987 (2) SA 49 (N).

⁶ 1993 (4) SA 788 (SE).

⁷ 1997 (1) SA 667 (E) veral op 673 F-H.

Voorbeelde van hierdie soort gevalle tref mens veral aan by gevalle waar A 'n skriftelike stuk teken sonder om dit te lees, omdat B hom oor die inhoud daarvan mislei het of nie sy aandag op ongewone of onverwagte bepalings daarin gevestig het nie.

'n Voorbeeld van hierdie soort gevalle is *Shepherd v Farrell's Estate Agency*,¹ wat ek reeds hierbo volledig bespreek het.

Beslissings wat op hierdie feitebasis beslis is, is onder andere *Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd*² en *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk*³. In laasgemelde geval was die feite dat die appellant 'n koerantadvertensie van respondent, waarin 'n 1979 Mercedes-Benz motor te koop aangebied word, gesien het. Na besigtiging en omdat hy die voorstelling dat dit 'n 1979-model is, glo, koop appellant die voertuig. Nadat dit reeds op sy naam geregistreer is, word hy deur respondent gevra om 'n standaard skriftelike koopkontrak te onderteken. Hy doen dit sonder om die agterkant daarvan te lees, hoewel hy bewus is dat daar verkoopsvoorwaardes op die agterkant gedruk is. Een van daardie voorwaardes is 'n erkenning dat hy nie deur 'n wanvoorstelling aangaande die jaar van vervaardiging van die motor beweeg is om die voertuig te koop nie.

Appellant eis vernietiging van die koopkontrak toe hy vasstel dat dit inderdaad 'n 1976-model is. Teen hierdie eis werp respondent die gemelde skriftelike dokument en in die besonder die genoemde klousule op. Appellant voer hierteenoor aan dat hy, weens *justus error*, nie daaraan gebonde is nie.

¹ 1921 TPD 62.

² 1974 (4) SA 164 (D).

³ 1985 (2) SA 893 (A).

Die hof, by monde van Van Heerden AR, gee appellant gelyk en wel op die basis van die aanwesigheid van verwytbare gedrag aan die kant van die teenparty.

In navolging van *Burger v Central South African Railways*¹ verklaar Van Heerden AR dat die algemene beginsel wel is dat iemand wat 'n skriftelike dokument onderteken, gebonde is aan die gewone betekenis en effek van die woorde daarvan. Maar, verklaar die geleerde regter, dié reël geld nie sonder uitsondering nie. In *Shepherd v Farrell's Estate Agency*² is uitdruklik beslis dat waar een party mislei is oor die inhoud of betekenis van die dokument deur die ander party, blote ondertekening nie gebondenheid skep nie. Ook is erkenning van die reël van nie-gebondenheid weens 'n wanvoorstelling van die teenparty in *George v Fairmead (Pty) Ltd* gegee.³ Van Heerden AR beslis dat ook in die onderhawige geval die reël *caveat subscriptor* nie geld nie. Die advertensie het spesifiek sekere eienskappe aan die Mercedes toegeskryf, te wete die jaartal daarvan en die appellant, die koper, het daarop gehandel. Toe appellant die skriftelike dokument onderteken het, het hy dit nie gelees nie, maar, so is op die feite bevind, hy sou dit nie geteken het as hy van die betrokke klousule bewus was nie. Dit is ook duidelik dat appellant *nie verwag het* dat die keersy van die dokument 'n beding sou bevat het waarvolgens hy, behoudens bedrog aan die kant van die verkoper (respondent), geen remedie sou hê indien die voertuig juis nie die eienskap, wat in die advertensie vermeld is, gehad het nie. Deur niks te sê aangaande die genoemde kontrakbepaling nie, het die respondent se werknemers, wat appellant bloot gevra het '*om vir die motor te teken*', die vertrouwe by die appellant verwek dat die dokument nie strydig met die advertensie was nie en derhalwe nie aanspreeklikheid vir wanvoorstelling uitgesluit het nie. Handelende in hierdie vertrouwe het die appellant dit geteken, onbewus

¹ 1903 TS 571.

² 1921 TPD 62.

³ *Supra*.

van die genoemde bepaling. Die respondent het die appellant dus deur sy stilswye mislei. Appellant se dwaling aangaande die aanspreeklikheid van die respondent ingevolge die dokument is dus 'n *justus error*. Bygevolg word sy eis vir kansellasie en restitusie toegestaan.

Konsekwent met bogemelde beginsel is daar ook die uitsprake in *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*,¹ *Kempston Hire (Pty) Ltd v Snyman*,² *Keens Group Co (Pty) Ltd v Lötter*,³ *Diners Club SA (Pty) Ltd v Thornburn*,⁴

- (c) Derdens, dat B van A se *error* bewus was of redelikerwys daarvan bewus moes gewees en nie opgetree het om dit te verwyder nie. Die verklaring vir hierdie gevalle is óf dat daar 'n wanvoorstelling deur B was in die vorm van 'n late, óf dat B nie in redelike vertroue op die bestaan van *consensus* gehandel het nie.

'n Belangrike illustrasie van hierdie beginsel is *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd*.⁵ Die eiser was begerig om 'n perseel te verhuur. Die verweerder reageer op 'n advertensie wat deur eiser se agent geplaas is. Nadat ooreenkoms oor die huurgelde bereik is, maar daar nie spesifiek oor 'n huurtermyn onderhandel is nie, lê eiser se agent 'n skriftelike huurkontrak aan verweerder voor. Die dokument lui in wese dat die kontrak vanaf 1 Mei 1981 tot 1 Mei 1993 sal duur. Verweerder teken die dokument. Eiser beweer nou dat dit sy bedoeling was dat die huur slegs tot 1 Mei 1983 sou duur. Weens 'n tikfout van eiser se agent se tikster is die 1983 met 1993 vervang. Die

¹ 1986 (1) SA 303 (A) veral op 316 I-J.

² 1988 (4) SA 465 (T).

³ 1989 (1) SA 585 (C).

⁴ 1990 (2) SA 870 (K).

⁵ 1984 (3) SA 537 (W).

hof bevind dat dit werklik eiser se agent se bedoeling was om slegs tot 1 Mei 1983 te verhuur. Ook aanvaar die hof verweerder se getuienis dat sy direkteur werklik geglo het dat die huur tot 1 Mei 1993 sou duur.

Die eiser vorder nietigverklaring van die kontrak. Coetzee R bevind dat die *error* in hierdie geval 'n *error in negotio* en dus 'n wesenlike dwaling was op grond waarvan eiser in sy vordering kan slaag indien dit 'n *justus error* is. Of dit sodanige *error* is, is nie net 'n feitevraag nie, want ons reg erken dat alleen 'n beperkte aantal dwalinge die kwaliteit van *justus* kan dra. Ten einde te beslis of die *error justus* is of nie, speel die skuldvraag 'n groot rol. As gesag hiervoor beroep Coetzee R hom op die reeds aangehaalde gedeelte uit *George v Fairmead (Pty) Ltd*.

Hieruit volg aldus Coetzee R,

- (i) die dwalende party (die kontrakontkenner) kan hom nie op die gebrek aan ware *consensus* beroep as die dwaling aan sy eie 'fault' te wyte was nie. In so 'n geval kan die ander party hom op die leerstuk van *quasi-mutual assent* beroep en kom 'n geldige en afdwingbare kontrak ten spyte van die *dissensus* tot stand.¹
- (ii) Maar die skuld-beginsel geld ook vir die ander party (die kontrakontkenner) wat poog om die dwalende aan die kontrak gebonde te hou.

*"He must be blameless. If he is also to blame then the first party is not bound."*²

¹ Coetzee R verwys na *Patel v Le Clus (Pty) Ltd* 1946 TPD 30 en *Ex parte Rosenstein* 1952 (2) SA 324 (T).

² Op 540 B-C.

Hy sal nie onskuldig wees nie as:

- (a) hy die dwaling veroorsaak het; of
- (b) geweet het die teenparty dwaal; of
- (c) as redelike man moes geweet het die teenparty dwaal,¹ en nie die dwaling reggestel het nie.

Die laaste en nuwe kwalifikasie, naamlik dat die ander party, wat die kontrak in stand wil hou, nie daarin kan slaag nie as hy as redelike man van die dwaling van die teenparty moes geweet het, volg vir Coetzee R uit die skuldbeginsel wat die *justus error*-leerstuk onderlê.²

Ter onderskraging van hierdie stelling beroep Coetzee R hom ook op prof. JC de Wet se monografie *Dwaling en bedrog by die kontraksluiting*.³ Die onderliggende beginsel is volgens die passasie, wat Coetzee R uit De Wet se monografie aanhaal,⁴ immers dat daar 'n redelike vertroue moet wees.

Op die feite bevind Coetzee R dat eiser (die kontrakontkenner) se agent agtelosig (*careless*) was deur nie die kontrak te lees voor ondertekening nie. Hy kan hom dus nie op die *error* beroep nie tensy verweerder (die kontrakopwerper) se direkteur as redelike persoon moes geweet het dat die 1993 'n tikfout was.⁵ Die toets is dié van 'n redelike persoon.⁶ Op die feite bevind Coetzee R dat verweerder se direkteur moes geweet het dat die 1993 'n fout moet wees. 'n Redelike persoon sou nooit gedink of geglo het dat die kontrak tot 1993 sal duur nie.⁷

¹ Op 540 C-I.

² Op 540 I.

³ Annale van die Universiteit van Stellenbosch 1943 op 4-5.

⁴ Op 541 A-E.

⁵ Op 541 F-G. Hou in gedagte dat die hof reeds bevind het dat verweerder se direkteur nie geweet het dat dit 'n tikfout was nie – sien 539 E-F.

⁶ Op 541 G-H.

⁷ Op 542 A.

Dit word aan die hand gedoen dat die uitspraak van Coetzee R in alle opsigte die tradisionele en ingeburgerde reg aangaande *justus error* volg, en slegs 'n verdere voorvereiste byvoeg, naamlik dat die kontrakopwerper se vertroue ook getoets word aan die van 'n redelike man. Coetzee R vind die grondslag, nie alleen van hierdie vereiste nie, maar van die hele *justus error*-leerstuk, in **blaam** oftewel **skuld**. Coetzee R handhaaf implisiet die geldigheid van stellings (i) en (ii) hierbo genoem. Sy bevestiging van stelling (ii) te wete dat 'n beroep op *justus error* toelaatbaar is selfs in afwesigheid van verwytbare gedrag aan die kant van die kontrakopwerper moet nie ongemerk verbygaan nie.

Dit lyk ook na 'n logiese konklusie uit die vorige uitsprake en die onderliggende beginsels van ons reg, soos blyk uit die genoemde monografie van JC de Wet.

Soos later aangetoon sal word, is daar egter ook diegene wat 'n ander mening oor die uitspraak van Coetzee R daarop nahou.

In *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd*¹ bevind Friedman R dat eiser se vordering vir nietigverklaring van 'n skikkingsooreenkoms nie kan slaag nie, omdat, op die feite, sy *error* nie *justus* was nie. 'n Redelike persoon in eiser se posisie sou eers vasgestel het wat sy aanspreeklikheid is voordat hy die skikking aangegaan het.²

Wat die regsaspek betref, voer dié beslissing geen nuwe beginsel in nie; opmerklik is slegs dat dit met skynbare goedkeuring verwys na die belangrikheid van die "*fault principle*" in *Horty* se saak.³

¹ 1985 (2) SA 374 (K).

² Op 388 G-H sê Friedman R: "*Plaintiff failed, however, to carry out such investigations as were reasonably necessary in the circumstances before committing himself to the contract, i.e. he failed to do his 'homework'.*" Wat die feite betref is verwys na die uitspraak van Miller R in *Diedericks v Minister of Lands*, *supra*.

³ Sien op 374 G-H.

'n Saak wat in wese ooreenstem met *Du Toit v Atkinson's Motors (Bpk)* asook met die vorige Appèlhofbeslissings, is *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*.¹ Die appellant was 'n eenman-sakeonderneming beheer deur ene Levinson. Die respondent was 'n maatskappy wat handelstentoonstellings organiseer en wat in die onderhawige geval deur ene mev Katz verteenwoordig is. Die respondent organiseer 'n skou te Kaapstad vir 24 tot 27 Julie 1981. Levinson wil twee stalletjies op dié skou huur van respondent en daar word aldus ooreengekom. Die betrokke datum is vir hom geleë, omdat hy net daarna 'n oorsese sakereis moet onderneem. Hy word deur mev Katz onder druk geplaas om 'n skriftelike dokument te onderteken ten einde die ooreenkoms te bevestig. Dit doen hy. Sy getuienis dat hy dit nie gelees het nie, word aanvaar.

Hierna verander respondent die skoudatum eensydig na juis die datums waarop Levinson oorsee sal wees. Toe laasgenoemde daarteen beswaar maak en hom op kansellasië van die ooreenkoms beroep, antwoord respondent met 'n teenberoep op die terme van die dokument wat op die keersy daarvan 'n klousule bevat wat aan respondent eensydig die bevoegdheid verleen om die skoudatum te verander. Dit bepaal voorts dat die uitstaller desnieteenstaande aan die skou-ooreenkoms gebonde sal wees. Die respondent stel later aksie in vir betaling van die kontrakprys; appellant plein gebrek aan *consensus ad idem*.

Die verhoorhof aanvaar Levinson se getuienis dat toe hy die standaardkontrakvorm onderteken het, hy nie van die gewraakte klousule bewus was nie en ook dat hy dit nie sou onderteken het as hy daarvan bewus was nie aanvaar. Wat mev Katz betref, bevind die Appèlhof dat dit 'n geregverdigde afleiding is dat sy geweet het dat Levinson nie van die gewraakte klousule op die keersy van die dokument bewus was toe hy die

¹ 1986 (1) SA 303 (A).

voorkant onderteken het nie. Maar, verklaar die Appèlhof¹ die vraagstuk is nie soseer of mev Katz bewus was van Levinson se onkunde nie, maar wel:

1. of Levinson rede gehad het om te glo dat die kontrakvorm wat hy versoek is om te onderteken, 'n klousule sou bevat wat hom steeds aanspreeklik hou indien die skou nie op die ooreengekome datum plaasvind nie; en
2. of mev Katz rede gehad het om te glo dat Levinson steeds bereid sou gewees het om die vorm te onderteken as hy bewus was van die gewraakte term.²

Die Appèlhof bevind, aan die hand van die gelewerde getuienis, dat beide vrae ontkenkend beantwoord moet word. Uit die feit dat mev Katz geen rede gehad het om te glo dat Levinson, sou hy bewus gewees het van die gewraakte klousule, steeds die kontrak sou onderteken het nie, volg:

*"... it was her plain duty specifically to direct the attention of Levinson to the particular provisions of clause 13. If in such a situation Mrs Katz were to remain mute her silence would quite clearly, I think, involve a misrepresentation (although perhaps and entirely innocent one) as to the existence in the contract of a fundamental provision wholly at variance with and repugnant to the tenor of their negotiations up to that very moment."*³

Hieruit volg, op 'n behoorlike toepassing van die beginsels in *George v Fairmead (Pty) Ltd, supra*, dat Levinson se *error* tereg beskryf kan word as *justus*.⁴ Hierdie gevolgtrekking, aldus die Appèlhof, word gestaaf deur die beginsels en feite in *Shepherd v Farrell's Estate Agency* en *Du Toit v*

¹ Op 316 C-D.

² Op 316 D-E.

³ Op 316 I-J.

⁴ Op 317 A-B.

*Atkinson's Motors Bpk.*¹ In elkeen van hierdie gevalle is die ondertekenaar in wie se gemoed die teenparty vroeër 'n bepaalde opvatting laat posvat het, tydens die latere kontrakondertekening mislei aangaande die effek van die kontrak en wel deur die stilswe van die teenparty.

Die gevolg is dat weens Levinson se *justus error*, die appellant (sy firma) nie gebonde gehou kan word om die gevorderde vergoeding te betaal uit hoofde van die gewraakte klousule 13 nie.

Maar weer is die vraag: as blote redelikheid van die kontrakontkenner se dwaling voldoende is, waarom 'n verwytbare wanvoorstelling aan die kant van die teenparty soek? Is die wanvoorstelling deur B blote bewys van die redelikheid van A se dwaling, of is dit 'n selfstandige regsvereiste?

'n Belangrike beslissing is dié van Schabert R in *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling*.² Die respondent, Greyling, tender na aanleiding van 'n advertensie van appellant vir die aankoop deur hom van drie erwe in 'n sekere dorpsgebied, te wete erf 651 vir R8200 of alternatiewelik erwe 648 en 645 teen R8200 te aanvaar. Weens foute van klerke en/of tiksters in diens van appellant word 'n brief aan respondent geskryf waarin "*U tender om woonerf 652*" aan te koop aanvaar word. Die syfers 651 en 652 is dus verwissel. Later word 'n koopkontrak deur 'n amptenaar van appellant, waarin die koopsaak beskryf word as erf 652, opgestel en deur beide partye onderteken. Respondent betaal die koopprys en die oordragskoste. Hierna ontdek die staatsprokureur die fout en appellant weier om transport aan respondent te gee. Laasgenoemde rig 'n aansoek by wyse van mosieverrigtinge in die Hooggeregshof waarin hy transport van erf 652 vorder. Hy slaag voor 'n enkelregter, maar op appèl word sy vordering van die hand gewys.

¹ Op 317 B - 318 A.

² 1986 (4) SA 917 (T).

Al drie regters wat die appèl verhoor (Schabert, Daniel en Heyns RR) bevind op die stukke dat daar geen *consensus* tussen appellant en respondent ten aansien van erf 652 was nie. Vir Heyns R is dit eenvoudig die einde van respondent se aanspraak.¹ Schabert R, met wie Daniels R saamstem, behandel respondent se getuienis waarin hy verklaar dat hy wel opgemerk het dat appellant se brief na erf 652 en nie na erf 651 nie verwys. Sy verduideliking vir sy blote stilswye en sy latere optrede om die koopkontrak te onderteken en transport te vorder, is dat dit nie aan hom saak gemaak het dat hy erf 652 kry in plaas van die erwe waarvoor hy getender het nie. Die prys was dieselfde en hy was bereid om te aanvaar wat vir hom gegee word. Hy was nie bewus van die klerklike fout nie. Sy gedagte was dat erf 652 maar net nog 'n erf soos erf 651 is, langs dit of in die onmiddellike omgewing daarvan geleë en dat die een maar net so goed soos die ander was. Hy het die verwysing na erf 652 nie onder appellant of die staatsprokureur se aandag gebring nie omdat hy tevrede was om te aanvaar wat aan hom toegeken is. Hy was bewus daarvan dat hy nie vir erf 652 getender het nie, maar, insoverre daar 'n fout was, is dit uitsluitlik te wyte aan die nalatigheid van appellant se werknemers. Hy kon ook nie dink dat 'n staatsinstelling soos appellant dié tipe fout sou maak nie.²

Schabert R wys daarop dat appellant se verweer teen respondent se vordering dié is van *justus error* en hy behandel die geding uit daardie perspektief.³ In *George v Fairmead (Pty) Ltd., Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* en deur die handboekskrywer Christie is van die standpunt uitgegaan dat die skuldbegrip by die beoordeling van die vraag of daar *justus error* bestaan, van die grootste belang is.⁴ Die geleerde regter verwys na kritiek van akademiese skrywers op dié standpunt. Hy meen egter om die verskillende standpunte te kan versoen.⁵ Hy bevind dat appellant se

¹ Sien 928 B ev.

² Op 923 G – 924 F.

³ Op 925 G.

⁴ Op 925 G-H.

⁵ Op 926 B.

werknemers nie blaamvry was nie; ook dat respondent nie *mala fide* was nie. Gevolglik kan bevind word dat respondent subjektief gesproke ook blaamvry was.¹ Maar dit laat die vraag² ontstaan of die respondent se optrede in die omstandighede met dié van die redelike man in sy posisie versoenbaar is.³ Hierdie vraag word ontkennend geantwoord: Die redelike man sou nie die posisie gelate aanvaar het nie; hy sou navraag gerig het; die navraag sou tot summiere regstelling van die fout deur appellant gelei het. Die gevolgtrekking word só gestel:⁴

*“Na my mening moet die respondent dus wesenlike bydraende blaam dra vir die bestending van die fout tot in die koopkontrak. Dit beteken dat die appellant se **error iustus** was. Miskien ietwat anders gestel, die appellant se **error** was **iustus** omdat dit in die omstandighede geen redelike vertroue van wilsooreenstemming kon verwek het nie ... daarvoor was die brief te gebrekking.”*

Hoewel mens nie met die resultaat van dié uitspraak fout kan vind nie, ontstaan die vraag: is dit nie voldoende om te bevind dat daar geen redelike vertroue by respondent was nie sonder om dit in 'n *justus error* aan die kant van die appellant te omskep?

Die *justus error*-leerstuk ondergaan 'n verdere interessante ontwikkeling in die Natalse uitspraak in *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker*.⁵ Die partye sluit as verkoper en koper onderskeidelik 'n afbetalingskontrak ten aansien van 'n motorvoertuig. Later word dié kontrak gekanselleer en die appellant stel in die landdroshof aksie in op die twee kontrakte. Respondent

¹ Op 926 D-E.

² Na aanleiding van *Horty se saak* en *Spes Bona Bank v Portals Water Treatment SA (Pty) Ltd*.

³ Op 926 E ev.

⁴ Op 927 E.

⁵ 1987 (2) SA 49 (N).

(verweerder *a quo*) beroep hom op nietigheid van die koopkontrak (en bygevolg ook van die kansellasie-ooreenkoms) en wel omdat op bedrieglike wyse hy tot sluiting van die koopkontrak mislei is. Dit blyk uit die getuienis, wat die hof *a quo* as korrek aanvaar, dat respondent inderdaad die kontrak onderteken het weens 'n bedrieglike wanvoorstelling deur 'n derde party dat die dokument slegs 'n borgskap was. Die hof wys egter daarop dat in ons reg die bedrog van 'n derde party ('n buitestaander) nie as verweer opgewerp kan word nie.¹ Die verweerder beroep hom dus in wese op 'n dwaling aan sy kant. Alhoewel daardie dwaling deur die bedrog van 'n derde verwek is, moet verweerder steeds aantoon dat sy eie dwaling 'n *iustus error* was. As gesag hiervoor verwys Milne RP na *Du Toit v Atkinson's Motors, Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*, *George v Fairmead* en *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board*, sake waarna reeds hierbo verwys is. Dis insiggewend van die uitspraak van Milne RP dat hy die gemelde vereiste (redelike vertroue aan die kant van die kontraktenkenner) terugvoer na die skuldbeginsel. Met verwysing na die so pas genoemde beslissing, verklaar die regter:²

*"These decisions are classic instances of the application of the **caveat subscriptor** principle and it is significant that, in each of them, the Court excluded from its operation a situation where the mistake of the person sought to be bound was due to a misrepresentation 'by the other party'. This is because, in considering what is reasonable (**justus**), the Court has regard to the 'fault principle'. See *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 537 (W) at 539 G – 541 F and *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd* 1985 (2) SA 378 (C) at 387 G."*

Op die feite is bevind dat respondent se dwaling nie *justus* was nie en dat hy dus gebonde is aan die ooreenkoms.

¹ Op 51 I ev.

² Op 53 B ev.

Dit wil voorkom asof mens die afleiding kan maak dat as die hof bevind het dat respondent nie nalatig was nie, daar nie kontraktuele gebondenheid sou wees nie – 'n erkenning van stelling (ii) dus.

In die volgende jaar, 1988, gee die Transvaalse Volbank uitspraak in *Kempston Hire (Pty) Ltd v Snyman*.¹ Die appellant (eiser *a quo* is die verhuurder van voertuie. Ingevolge 'n staande verstandhouding met 'n maatskappy X stuur hy van tyd tot tyd voertuie wat die maatskappy wil huur, na laasgenoemde se persele met 'n voltooide huurkontrak vir ondertekening deur 'n werknemer van die maatskappy. Dit gebeur ook in die onderhawige geval en respondent teken die dokument. Hoewel respondent soortgelyke kontrakte by vorige geleenthede onderteken het, lees hy nooit die dokument nie, veral nie die fynskrif nie. Hy beskou die dokumente bloot as 'n kwitansie vir ontvangs van die voertuie. Inderdaad kom die maatskappy sy verpligtinge onder die betrokke ooreenkoms nie na nie en is 'n bedrag aan appellant verskuldig. Die maatskappy word gelikwideer. Die betrokke dokument deur respondent onderteken bevat 'n klousule waarin die ondertekenaar gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid vir die huurder-maatskappy se verpligtinge aanvaar. Respondent word op grond van hierdie klousule vir betaling van die verskuldigde bedrag aangespreek. Hy voer aan, soos reeds vermeld, dat hy van die aard van die kontrak en van die klousule onbewus was. Die verhoorlanddros aanvaar sy getuienis en bevind dat daar geen *consensus* was nie. Teen dié uitspraak appelleer die appellant, maar onsuksesvol. Eloff Wn RP² meen dat respondent inderdaad op *justus error* staatmaak.³ Ten einde hierin te slaag, sê die geleerde regter, moet hy bewys dat hy oor die aard of inhoud van die kontrak mislei is.⁴

¹ 1988 (4) SA 465 (T).

² Met wie Galgut R saamgestem het.

³ Op 468 D.

⁴ Met 'n beroep op *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk*.

Eloff Wn RP bevind dat respondent hom van dié bewyslas gekwyt het. Appellant moes geweet het dat ingevolge die voormelde prosedure, verskeie werknemers die dokumente sou onderteken het sonder dat hulle dit in besonderhede sou bestudeer of sou weet dat hulle hulself ook persoonlik bind. “*We have a case of misrepresentation by silence.*”¹ Daar was dus ‘n *justus error* aan die kant van respondent.²

Met die resultaat van die uitspraak kan nie fout gevind word nie. Mens kan wel vra: is dit nodig vir ‘n bevinding dat die *error justus* was om ‘n voorstelling aan die kant van appellant te soek? Kan ‘n *error* nie *justus* wees sonder sodanige wanvoorstelling nie? Bestaan stelling (ii) hierbo genoem nie meer in ons reg nie?

Die *justus error*-leerstuk kom in 1989 weer ter sprake in die uitspraak van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling in *Slavin's Packaging Ltd v Anglo African Shipping Co. Ltd.*³ Verweerder verleen ‘n opsie aan eiser vir die aankoop van ‘n industriële werktuig vir R20 000. Eiser voer aan dat hy die opsie uitgeoefen het en eis nou vervulling van die koopkontrak en, by gebreke aan lewering, vervullingsinteresse. Verweerder voer aan dat uit onderhandelinge voorafgaande aan die opsie, eiser geweet het dat die werktuig se werklike prys R66 000 was, die prys van R20 000 synde die prys van ‘n ander masjien. Toe die opsie verleen is, het verweerder per abuis die pryse omgeruil. Eiser het dus geweet of moes geweet het dat die ware prys R66 000 en nie R20 000 is nie. Die hof, by monde van Esselen R, bevind dat die bewyslas op verweerder rus om te bewys dat eiser geweet het of moes geweet het van die beweerde fout. Op die feite bevind die geleerde regter dat verweerder hom nie van dié bewyslas gekwyt het nie.⁴ In die loop van die uitspraak word verwys na bekende uitsprake soos *George v Fairmead (Pty) Ltd* en *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd, supra*. Ook word verwys

¹ Op 468 G-H.

² Op 469 D.

³ 1989 (1) SA 337 (W).

⁴ Op 345 J.

na die handboek van Christie en die monografie van JC de Wet. Opvallend veel word gemaak van 'n artikel van ene Steven Tromons wat beskryf word as “a solicitor and lecturer in law at the Department of Land Economy” te Cambridge Universiteit. Die bydrae is getiteld ‘*Careless Slips and Greedy Snaps: Mistakes in Contracts*’ en is gepubliseer in the *Law Society’s Gazette* van 18 Oktober 1984. Die slotsom van die bydrae is dat die toets die van die redelike man moet wees: moes hy in die lig van die geadresseerde se ondervinding en kundigheid besef het dat die aanbieder 'n fout begaan het? Hierdie benaderingswyse verskil nie van dié wat so duidelik in die *Horty*-saak uitgespel is nie.

Maar die vraag is of hierdie saak nie op die verkeerde basis aangevoer en bereg is nie. Moes die vraag nie eerder bloot gewees het of *verweerder* 'n *justus error* begaan het nie, afgesien van eiser se vertroue? Dit lyk asof die uitspraak van Esselen R die bestaan van stelling (ii) hierbo, te wete dat blote *justus error* 'n verweer teen kontraktuele gebondenheid is óf oor die hoof sien óf stilswyend ontken.

In 1989 vind ons ook die uitspraak in *Keens Group Co (Pty) Ltd v Lötter*.¹ Die eiser onderteken 'n dokument waarin hy hom teenoor die verweerder as borg vir die verpligtinge van 'n maatskappy aanspreeklik stel. Na die likwidasie van laasgenoemde word hy op die dokument aangespreek. Op die feite bevind die hof dat eiser nie daarin geslaag het om te bewys dat toe verweerder die dokument onderteken het, hy homself aanspreeklik gestel het nie.² Maar, verklaar Tebbutt R, dit is nie die einde van die ondersoek nie. Ten spyte van sy onkunde sal verweerder volgens die *caveat subscriptor*-reël aanspreeklik gehou word, tensy hy kan bewys dat daar aan sy kant 'n *justus error* was. Dit beteken, aldus die hof³ dat hy moet bewys dat hy mislei is met betrekking tot

¹ 1989 (1) SA 585 (K).

² Op 589 A-B.

³ Op 589 D-J.

die strekking van die woorde waarmee hy oënskynlik sy instemming betuig het.¹

In die onderhawige geval, bevind Tebutt R, het die verweerder toegegee dat hy nalatig opgetree het deur nie die dokument te lees voor ondertekening nie.² Sy argument was egter dat hy deur die eiser mislei is; sy *error* was dus *justus*.³ Sy argument was dat die onderneming as borg versteek is tussen 'n hele aantal bepalings wat slegs te doen het met 'n kredietaansoek, en dan ook in 'n dokument wat die titel dra van 'n kredietaansoek en wat verwys na 'n firma en nie na 'n persoon nie. Die eiser, so bevind die hof⁴ het nie verweerder se aandag op die klousule gevestig nie en moet dus die verwyf van verweerder se *error* dra. Verweerder het hom dus van die bewyslas om *justus error* te bewys, gekwyt.⁵

Weer kan daar nie met die resultaat fout gevind word nie; weer is die vraag – waarom is 'n bevinding van wanvoorstelling aan eiser se kant as voorwaarde vir sukses aan verweerder se kant gestel?

In 1989 word ook 'n uitspraak gerapporteer⁶ waarvan die motivering klaarblyklik onhoudbaar is. Dit is die uitspraak van Didcott R⁷ in *Khan v Naidoo*.⁸ Naidoo leen aan appellante se seun, Abed Khan, 'n bedrag geld geleen, waarvoor appellante 'n borgkontrak teken. Toe sy op dié dokument aangespreek word beweer sy dat sy nie kan lees of skryf nie behalwe om haar handtekening te maak en dat sy nie bewus was daarvan dat sy 'n

¹ Met 'n beroep op *George v Fairmead (Pty) Ltd* en die *Spindrifter*-saak.

² Op 589 I-J.

³ Op 590 A.

⁴ Op 591 C ev.

⁵ Op 592 D.

⁶ Blykens die verslag was uitspraak gelewer op 19 Junie 1986.

⁷ Waarmee Shearer R saamgestem het.

⁸ 1989 (3) SA 724 (N).

borgkontrak geteken het nie. Die dokument, beweer sy, is aan haar voorgelê deur haar seun wat aan haar verduidelik het dat dit te doene het met oordrag van eiendom aan haar. Gedurende die verhoor erken die seun dat hy dié wanvoorstelling gemaak het.

Die landdros verwerp appellante en haar seun se getuienis, maar op appèl verklaar Didcott R dat hy vir die doeleindes van die uitspraak die gemelde getuienis aanvaar.¹ Nogtans meen hy dat appellante gebonde is aan die borgkontrak want sy het nie bewys dat sy dit nie sou onderteken het as sy geweet het wat die aard van die kontrak was nie.² Geen gesag vir dié vereiste word genoem nie. Op die feite kan wel gevra word of appellante se houding nie glashelder blyk uit haar verweer teen die aksie en selfs die volgehoue appèl nie.

Die regsgevolg van die beslissing is dat kontraktuele gebondenheid aanvaar word waar daar op die aanvaarde feite klaarblyklik nie *consensus* tussen die partye was nie. Die enigste relevante vraag, of die *error justus* was, is nooit gevra nie. Die Natalse beslissing in *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker*, waar dieselfde probleem – wanvoorstelling oor die aard van die dokument deur 'n derde party – hom voorgedoen het, is wetenskaplik veel meer aanvaarbaar.

Die volgende gerapporteerde uitspraak in verband met *justus error* is *Diners Club SA (Pty) Ltd v Thorburn*.³ Namens 'n maatskappy, Tapco, doen Thorburn, 'n werknemer, aansoek om 'n kredietkaart van appellant vir die maatskappy. Hy word later uit hoofde van sy ondertekening van die aansoekvorm aangespreek vir die bedrag verskuldig aan appellant weens die gebruik van die kaart. Dit blyk dat die aansoekvorm 'n klousule bevat waarin die ondertekenaar daarvan hom as mede-hoofskuldenaar verbind. Respondent beroep hom op *justus error*. Hy voer aan dat hy by die

¹ Op 727 F-G.

² Op 727 G ev.

³ 1990 (2) SA 870 (K); Tebutt R en Burger Wn R.

ondertekening nie van dié klousule bewus was nie; dat dit nie onder sy aandag gebring is nie en dat hy nooit bedoel het om persoonlike aanspreeklikheid te aanvaar nie.

Respondent se verweer word verwerp omdat die *error* nie *justus* was nie. Burger Wn R stel die regsposisie só:¹ Waar 'n party 'n kontraktuele dokument onderteken, is die verweersgrond dat hy nie van die term geweet het of dit nie verstaan het nie, baie beperk. Die howe sal so 'n verweer erken waar die ander party op een of ander wyse verwytd kan word vir die *error*. Gewoonlik kom dit voor waar die ander party die *error* geskep het deur vooraf die effek van kontrak as X voor te stel en die dokument dan Y terme bevat.² Maar dit kan ook voorkom waar die dokument so opgestel of uiteengesit is dat dit 'n lokval vir die niksvermoedende ondertekenaar daarstel.³

Die geleerde regter vervolg dan:⁴

*“The cases have made it clear that blameworthiness in this context does not depend on **dolus** or negligence – it is simply conduct which make the other party’s mistake reasonable.”*

Op die feite word bevind dat daar geen gedrag aan die kant van appellant was waardeur respondent mislei is nie, en laasgenoemde word aanspreeklik gehou.

Die uitspraak volg dus die lyn van denke wat die verskoonbaarheid van A (die kontraktenkenner) se dwaling in B (die kontrakopwerper) se optrede soek. Dit ontwikkel ook die vraag, wat die aard van B se optrede moet wees om A se dwaling verskoonbaar te maak, 'n stappie verder: dit hoef nie opsetlik of

¹ Op 874 D-G.

² *Du Toit v Atkinsons Motors Bpk en Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan*.

³ *Keens Group Co (Pty) Ltd v Lötter*.

⁴ Op 874 G.

nalatig te wees nie. Mens kan wel vra: beteken dit dat, waar B se gedrag onskuldig is, en A is ook onskuldig, daar nie gebondenheid aan A se kant is nie? En wat as B se gedrag onskuldig is maar A nogtans nalatig? En: as B onskuldig is, op welke basis kan hy regtens verwys word vir A se *error*?

Sonap Petroleum (formerly known as Sonarep) SA (Pty) Ltd v Papadogianis 1992 (SA) 234 (A) (“die Sonap-saak”)

Teen die einde van die tagtigerjare was die *justus error*-benaderingswyse in die praktyk goed gevestig en het 'n redelike mate van duidelikheid daarvoor bestaan. In die akademiese literatuur was daar egter 'n gedagterigting dat dié benaderingswyse geheel en al moet verdwyn en vervang word slegs deur die sogenaamde direkte vertrouensteorie, dit wil sê die konstruktiewe *consensus*-benaderingswyse.¹

Veral van belang is 'n artikel van D Hutchison en B van Heerden in 1987.²

Hutchison en Van Heerden was van mening dat die *justus error*-leerstuk nie op konsekwente wyse in die regspraak toegepas word nie: soms val die klem op die vraag of die kontrakontkenner nalatig was of nie; soms val die klem op die vraag of die vertrouwe van die kontrakopwerper redelik was.

Die basiese vraag is: wanneer is daar 'n *error justus*? Volgens die twee skrywers word in ons regspraak drie benaderingswyses aangetref. 'n Error is *justus*:

- (i) As die dwalende (kontrakontkenner) redelik en nie nalatig nie, opgetree het.³

¹ Sien o.a. Kritzinger *Approach to contract: a reconciliation* 1983 SALJ 47; Van Rensburg *Die grondslag van kontraktuele gebondenheid* 1986 THRHR 448; Reinecke *Regstreekse of onregstreekse toepassing van die vertrouensteorie* 1989 TSAR 509.

² *Mistake in contract: a comedy of (justus) errors* 1987 SALJ 523.

³ Vgl. *Diedericks v Minister of Lands* 1964 (1) SA 49 (N) op 57; *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd* 1985 (2) SA 378 (K) op 388.

- (ii) As die nie-dwalende (kontrakopwerper) se optrede die dwaling veroorsaak – hetsy deur 'n opsetlike, nalatige of onskuldige wanvoorstelling en hetsy in die vorm van 'n positiewe wanvoorstelling of 'n stilswye – byvoorbeeld waar hy weet of moes geweet het dat die ander party dwaal en dit nie regstel nie. Hierdie benaderingswyse is in 'n hele aantal gevalle toegepas.¹
- (iii) As die kontrakopwerper nie mislei is of as redelike man nie mislei moes gewees het deur dwaling nie.²

Die skrywers meen³ die regters gebruik die drie benaderingswyses om die beurt asof hulle omruilbaar is, dog die resultate nie altyd dieselfde is nie. Hulle meen ook⁴ dat betekenis (i) wel rym met die verklaringsleer as uitgangspunt. As die uitgangspunt die vertrouensleer is, moet die klem op die teenparty (die kontrakopwerper) se vertrouwe val. Slegs dan is die *justus error*-leer en dié van “*quasi-mutual assent*” met mekaar te rym: 'n *error* is slegs *justus* as die ander party, die kontrakopwerper, weens sy onredelike vertrouwe die kontrak nie op die basis van “*quasi-mutual assent*” kan verwerklik nie. Enige ander benaderingswyse sal ons voor die ondenkbare geval plaas waar A (die kontrakontkenner) se dwaling *redelik* is (dit wil sê nie nalatig nie) maar terselfdertyd is B (die kontrakopwerper) se vertrouwe redelik.

Hulle meen⁵ dat benaderingswyse (i) 'n “... *rather contrived and unnatural meaning*” het en hulle bepleit¹ 'n algehele verwerping van die *iustus error*-

¹ Die skrywers verwys na *George v Fairmead (Pty) Ltd; National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board; Harty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics; Du Toit v Atkinson's Motors Bpk; Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*.

² Die skrywers verwys na *George v Fairmead (Pty) Ltd* en *Harty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics*.

³ Op 525.

⁴ Op 525.

⁵ Op 526.

leerstuk en 'n *direkte* aanwending van die vertrouensleer. Dit beteken dat in alle gevalle van beweerde dwaling mens eerstens sal vra of die partye werklike *consensus* bereik het en, indien nie, of die een party by die ander 'n redelike vertroue in die bestaan van *consensus* verwerk het. As die leerstuk behoue moet bly, ondersteun hulle betekenis (iii) hierbo.

Volgens hulle pas die howe egter meestal, betekenis (ii) toe. Dit is met betekenis (iii) versoenbaar, behalwe waar die kontrakopwerper heeltemal onskuldig optree in die pleeg van die wanvoorstelling. Dit kan dan nie gesê word dat sy vertroue *per se* onredelik is nie. Mens kan miskien argumenteer dat die wanvoorstelling, hoewel onskuldig, nogtans onregmatig is en die vertroue dus ook onredelik is. Hulle meen dat dit strydig is met die *Blackburn-dictum* en vra dus die vraag of die huidige reël, dat 'n *error justus* is selfs waar dit deur 'n onskuldige wanvoorstelling veroorsaak is, behou kan word.

Die beroep op die "direkte" toepassing van die vertrouensteorie (en daarmee saam die begrip van die *justus error*-benadering) het in skrilke kontras gestaan met die heersende beslissings van ons howe tot op daardie stadium. Nogtans vind dit weerklank in die uitspraak van die Appèlhof in die *Sonap-saak*. Die uitspraak is gelewer deur Harms Wn AR, met wie Botha en Joubert ARR saamgestem het.

Die appellant het in terme van 'n skriftelike huurkontrak 'n perseel aan respondent verhuur vir 'n tydperk van twintig jaar wat sou loop vanaf 'n datum wat bepaal sou word deur 'n sertifikaat uitgereik deur appellant dat die perseel geskik is vir gebruik. 'n Borgverband vir 'n termyn van 20 jaar word geregistreer. Appellant lewer die perseel en die respondent bedryf sake daar, maar die appellant laat na om die genoemde sertifikaat uit te reik. Jare later word hy van die oorsig bewus. Hy stel vas dat die korrekte datum van die sertifikaat 1 Desember 1974 moes gewees het. Opdrag word aan 'n prokureur gegee om die nodige sertifikaat voor te berei. In sy wysheid besluit die prokureur om nie 'n sertifikaat uit te reik nie, maar om 'n notariële

addendum tot die huurkontrak voor te berei. In hierdie addendum word 'n wysiging van die huurkontrak voorgestel en daarin word bepaal dat die huurkontrak sal loop vanaf 1 Desember 1974 vir 'n tydperk van 15 jaar. Dit is klaarblyklik 'n fout aan die kant van die prokureur om die termyn van 20 jaar na 15 jaar te verminder. Appellant en respondent onderteken die skriftelike stuk. Appellant word eers in September 1987 bewus van die fout. Respondent ontken egter dat daar 'n fout gemaak is in die notariële addendum. Appellant stel aksie in vir rektifikasie van die addendum om die 15-jaar termyn met 'n 20-jaar termyn te vervang en, as alternatief, 'n bevel wat verklaar dat die addendum weens *dissensus* nietig is.

In die hof *a quo* wys Coetzee R appellant se eis van die hand, nieteenstaande die feit dat respondent se weergawe verwerp en appellant se weergawe aanvaar is. Die *ratio* van sy bevinding is dat appellant se *error* nie *justus* was nie aangesien dit te wyte was aan sy skuld en omdat hy nie bewys het dat respondent van sy *error* geweet het of daarvan moes geweet het nie.

Die appèl slaag en 'n verklarende bevel word deur die Appèlhof uitgereik, wat daarop neerkom dat die addendum, in soverre dit voorgee om die termyn van die huurkontrak van 20 na 15 jaar te verminder, ongeldig is.

Wat die behandeling van die feite deur Harms Wn AR betref, blyk dat hy aanvaar dat appellant nie bedoel het om met die addendum die termyn van die huurkontrak te verkort nie, terwyl respondent, wat die addendum gelees en met sy prokureur bespreek het, wel sodanige bedoeling gevorm het. Daar was dus nie *consensus* nie, maar *dissensus*.¹ Die hof bevind dat respondent bewus was dat die addendum foutief is – met ander woorde hy is nie deur die appellant mislei om te glo dat hy, appellant, die kontrak sou wysig nie. Daar was dus 'n plig op hom om navraag te doen. Dit het hy nie gedoen nie maar besluit om die voordeel uit appellant se fout aan te gryp (*“to snatch the*

¹ Op 238 A – 239 A.

bargain”). Dit mag hy nie doen nie. Daar was dus ten aansien van hierdie aspek geen *consensus*, hetsy werklik, hetsy konstruktief, nie.¹

Dit volg dan dat aangesien die hoofeis vir rektifikasie nie kon slaag nie, die alternatiewe eis, gebaseer op *justus error* aan die beurt moes kom. Dit is oor hierdie aspek wat die uitspraak vir kritiek vatbaar is.

Die hof se uiteensetting van die regspraak lees soos volg:

*“In my view, therefore, the decisive question in a case like the present is this: is the party who actual intention did not conform to the common intention expressed, (d.w.s. die appellant in dié onderhawige saak) lead the other party, as a reasonable man, to believe that his declared intention represented his actual intention? Compare Corbin on Contracts (one volume edition) (1952) at 175. To answer this question, a three-fold enquiry is usually necessary, namely, firstly, was there a misrepresentation as to one party’s intention; secondly, who made that representation; and thirdly, was the other party misled thereby? See also Du Toit v Atkinson’s Motors Bpk 1985 (2) SA 893 (A) at 906 C-G; Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd 1986 (1) SA 303 (A) at 316 I – 317 B. The last question postulates two possibilities: Was he actually misled and would a reasonable man have been misled? Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd 1983 (1) SA 978 (A) at 984 D-H, 985 G-H.”*²

Die hof se behandeling van die feite uit regsoogpunt lees soos volg:

“In the present case the appellant represented to the respondent (blykbaar deur die foutiewe notariële dokument te onderteken) that its intention was to reduce the period of the lease. One has then to determine whether the misrepresentation had any effect, i.e. whether

¹ Op 242 A –C.

² Op 239 I – 240 B.]

the respondent was misled thereby. If he realised (or should have realised as a reasonable man) that there was a real possibility of a mistake in the offer, he would have had a duty to speak and to enquire whether the expressed offer was the intended offer. Only thereafter could he accept."¹

Hierdie stelling reflekteer nie die hele omvang van die *justus error*-leerstuk volgens die vorige uitsprake hierbo behandel, op korrekte wyse nie. Dit plaas die klem op die **vertroue** van die misleide (in hierdie geval die respondent) en negeer:

- (a) die vraag of die vertroue van die "misleide" op skuldige wyse al dan nie verwek is, en
- (b) die vraag of blote dwaling of fout by die skepping van die vertroue – dit wil sê die *error* aan die kant van die verklaarder (appellant in hierdie geval) – *justus* was of nie.

In die onderhawige geval kan tereg gevra word of die optrede van die appellant deur 'n dokument – en dit nogal 'n notariële ooreenkoms – te lees sonder om die valse datum op te merk nie, werklik blaamloos was. Was appellant nie nalatig nie en was sy optrede nie *injustus* nie? Hy was immers die outeur van die dokument. Sy eie optrede kom as blaamwaardig voor en dit behoort die einde van die saak te gewees het, soos Coetzee R in die hof *a quo* beslis het.

Solank hierdie vrae nie gevra word nie, kan die hele *justus error*-leerstuk nie in perspektief gestel en geformuleer word nie. Dit is maar een van die probleme wat die uitspraak van Harms Wn AR skep.

¹

Op 240 J – 241 A.

Harms Wn AR behandel ook die skuldvereiste by die *justus-error*-leerstuk. Dit doen hy aan die hand van Coetzee R se uitspraak in die *Horty Investments*-saak. Hy verwys spesifiek na die stelling van Regter Coetzee dat die skuldbeginsel groot figureer om uit te maak of 'n dwaling *justus* is of nie en verklaar dan dat afgesien van 'n paar los en *obiter* stellings hy geen gesag vir Coetzee R se verklaring kan vind nie. Hy verwys voorts na Coetzee R se bevinding dat een van die partye hom nie op die gebrek aan ware konsensus kan beroep as die dwaling sy eie skuld is nie. Hy meen verder dat hierdie bevinding van Coetzee R beïnvloed is deur die opvattinge van prof. JC de Wet,¹ en dat volgens laasgenoemde die beginsels van estoppel die oplossing vir die onderhawige probleem bied. Hieroor sê Harms Wn AR:

"With respect to both the learned Judge and the learned professor, it may be that estoppel merely bedevils the enquiry and that reliance thereon is not conducive to clear thinking."

Harms Wn AR verwys verder na die tydskrifartikel van Van Rensburg,² en wys daarop dat Coetzee R swaar gesteun het op die woord "*blame*" wat deur Fagan AR gebruik is in *George v Fairmead (Pty) Ltd*, maar, sê hy, soos hy die uitspraak van die hoofregter verstaan, was dit glad nie sy bedoeling om "*blame*" met nalatigheid te vereenselwig nie. Die hoofregter het immers verwys na "*blame*" "*in the sense that by his conduct he has led the other party, as a reasonable man, to believe*" dat sy oënskynlike bedoeling sy ware bedoeling was.

Daarbenewens, verklaar Harms Wn AR, gee die invoer van die skuldbeginsel aanleiding tot akademiese besware, en verwys dan na die skrywers genoem in *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling*.³ Harms Wn AR meen dat dit ook aanleiding gee tot praktiewe probleme veral in die geval van bydraende

¹ *Dwaling en bedrog by die kontraksluiting* Annale van die Universiteit van Stellenbosch 1943.

² Die Grondslag van Kontraktuele Gebondenheid, in 1986 THRHR 448.

³ 1986 (4) SA 917 (T) op 925 l.

nalatigheid. Ter staving van hierdie beswaar verwys hy na die werk van Professore E Kahn¹ en Carole Lewis.²

Ten slotte meen Harms Wn AR dat die skuldvereiste onnodig is. Hy sê dat die beslissings in die *Horty*-saak dieselfde sou gewees het as die toets wat hy voorstaan, aangewend is. Hy vervolg:

“In that case the one party presented to the other a proposed lease which had conflicting provisions relating to the duration of the lease. As the learned Judge himself found, a reasonable man would not have been misled to believe that the document expressed the true intention of its author.”³

Harms Wn AR verklaar ook dat bogenoemde die basis van die beslissing in *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling* was. Volgens hom het die Appèlhof in die sake van *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk*⁴ en *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*⁵ dit nie nodig gevind het om na te gaan of die voorsteller nalatig was nie, maar slegs of ‘n wanvoorstelling gemaak is; “... nor was the matter approached along the lines of estoppel”.

Die probleem met hierdie benaderingswyse is dat dit aan enige prinsipiële of regswetenskaplike ontleding ontbreek: wanneer is ‘n *error justus* – en welke onderliggende waardes bepaal die antwoord op dié vraag?

Oorhoofs gesien is daar ernstige bedenkinge oor die hof se beslissing. Die eerste het ek reeds genoem, naamlik dat daar slegs gelet word op die

¹ *Contract and Mercantile Law through the Cases* 2de uitgawe vol. 1 te 300.

² 1987 SALJ 371 op 376.

³ Op 240 G-H.

⁴ 1985 (2) SA 893 (A).

⁵ 1986 (1) SA 303 (A).

vertroue van die misleide, en nie op die eerste vraag, naamlik of die optrede van die kontrakopwerper nie self *injustus* was nie.

Tweedens skyn die uitspraak van die standpunt uit te gaan dat die kontrakopwerper se optrede bloot objektief, kousaal beoordeel moet word – as sy ware bedoeling nie met die “*common intention*” (blykbaar dan soos in die foutiewe dokument beliggaam) ooreenstem nie, is dit *per se* voldoende “aanklag” teen hom en is die vraag dan slegs of die teenparty mislei was, ens. Daarmee verdwyn die basis van die *justus error*-leerstuk, wat immers daarvan uitgaan dat die kontrakontkenner se optrede eerste onder die loep kom – is hy geregtig om hom op die *dissensus* te beroep. Dit was die wortels van die hele leerstuk – vergelyk die oorsprong daarvan by Voet, en in *Logan v Beit*,¹ *Burger v Central South African Railways*,² *Van Rensburg v Rice*,³ *Shepherd v Farrells’ Estate Agency*,⁴ *George v Fairmead (Pty) Ltd*,⁵ *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board*,⁶ *Diedericks v Minister of Lands*,⁷ *Gollach en Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills and Produce Co (Pty) and Others*,⁸ *Osman v Standard Bank National Credit Ltd*⁹ en *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling*.¹⁰

¹ *Supra*, op 216 van die verslag.

² *Supra*, op 578 van die verslag.

³ *Supra*, op 217 ev van die verslag.

⁴ *Supra*, op 66 van die verslag.

⁵ *Supra*, veral op 471 per Fagan AR.

⁶ *Supra*, op 479 G-H per Schreiner AR.

⁷ *Supra*, op 57 D van die verslag.

⁸ *Supra*.

⁹ *Supra*, veral op 388 G-H van die verslag.

¹⁰ *Supra*, op 926 D-E van die verslag.

Dit kan nie met reg aangevoer word dat *Sonap*, sonder om op al die genoemde bronne in te gaan en redes aan te voer waarom dit nie sal geld nie, die reg in hierdie verband op sy kop gekeer en met hierdie, basiese, vraag weggedoen het nie.

Ingelyks is die **skuld**-vereiste by die *justus error*-leerstuk darem al te gemaklik afgemaak. Die uitspraak reken nie af met die gemeenregtelike grondslae van dié leerstuk nie – vgl. De Groot, Cos, Brouwer, die Hollandse howe en beslissings van ons howe, hierbo bespreek.

Voorts kan die rol wat skuld by die oplossing van die *dissensus*-probleem speel of moet speel nie op wetenskaplike wyse evalueer word as mens nie die hele spektrum van remedies – tersydestelling weens *justus error*, daadwerklike vervulling weens konstruktiewe consensus – voor oë hou nie. Die rol van skuld behoort, logies gesien, in beide die remedies soortgelyk te wees. Die een remedie is, soos hieronder aangetoon sal word, maar die spieëlbeeld van die ander. Hierdie aspek is nie in *Sonap* voor oë gehou nie. My eie bespreking van die skuld element staan oor tot die positiewe reg insake konstruktiewe *consensus* en die jukstaposisie van die remedies analiseer is.

Nog 'n kommerwekkende aspek van die uitspraak is die stelling¹ dat “(t)he law as a general rule, concerns itself with the external manifestations, and not the workings, of the minds of parties to a contract. *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd 1924 AD 704 at 715-716.*” Die Wessels-dictum weerspieël nie ons reg nie, soos blyk uit die groot aantal beslissings, ook van die Appèlhof, dat die vertrekpunt juis die bedoeling van die partye is – vgl. onder andere Jansen AR in *Saambou* hierbo bespreek.

¹ Op 238 I-J.

Ook Floyd en Pretorius¹ kritiseer Harms Wn AR se uitspraak in *Sonap* op verskeie gronde. Tans is van belang hul kritiek op sy bevinding² dat skuld nie by *iustus error* 'n rol speel nie. Die skrywers is van mening dat die enigste rede waarop 'n persoon wat sy wil verkeerd uitdruk gebonde gehou kan word, in "*blame*", wat skuld en risiko insluit, geleë kan wees. Hulle verwys na De Wet en Van Wyk³ wat leer dat wanneer die redelike vertroue van die een deur verwytbare gedrag teweeggebring is, daar rede kan bestaan om die redelike vertroue te handhaaf. Hulle verwys ook na die Nederlandse skrywer, EM Meijers.⁴ Die verwytbareheid van die misleide moet in ag geneem word. Die relatiewe verwytbareheid van albei partye moet dus teen mekaar opgeweeg word. Gelyke blaamwaardigheid kanselleer mekaar, sodat daar geen kontraktuele gebondenheid kan wees nie. Daar kan ook nie 'n verdeling ("*apportionment*") van verwytbareheid in hierdie gevalle wees nie. 'n Sterker vorm van verwytbareheid oorwoeker mindere verwytbareheid.

Hulle meen dat die toets deur Harms Wnd AR ontwerp het, nie geldig is nie, en wel om drie redes:

- (i) Die kontraktkenner skep die vertroue deur 'n opsetlike wanvoorstelling. Die kontrakopwerper is werklik mislei, maar 'n redelike persoon sou nie mislei gewees het nie. As die Harms-toets aangewend word, sal daar geen kontrak tot stand kom nie eenvoudig omdat daar nie 'n redelike vertroue was nie. Maar die resultaat is onhoudbaar in die lig van die algemene beginsel dat die opsetlike

¹ *A Reconciliation of the different approaches to contractual liability in the absence of consensus* in 1992 (55) THRHR op 668-673.

² Op 240 C – I van die uitspraak.

³ Kontraktereg 1992 op 14.

⁴ *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* deel 3 1955 op 84-85.

bedrieër hom nie op die nalatigheid van die ander party kan beroep nie.¹

- (ii) Die wilsverklaring van die kontrakontkenner word deur 'n derde party (nie agent nie) oorgedra en vermink – byvoorbeeld die geval van die verminkte telegram. As die Harms-toets toegepas word, sal daar geen kontraktuele gebondenheid wees nie, al was die ander party se vertroue redelik, want die kontrakontkenner het geen wanvoorstelling gemaak nie. Sommige skrywers² werk in hierdie gevalle met die risiko-beginsel, te wete wie het die kommunikasiemiddel gekies? Maar selfs hierdie skrywers vereis eerstens dat die party wat nie die kommunikasiemiddel gekies het nie, alle redelike stappe gedoen het ten einde te verseker dat die wilsverklaring wel korrek oorgedra word en, tweedens, dat die ontvanger van die verklaring nie geweet het of redelikerwys kon geweet het dat die boodskap verkeerd oorgedra is nie. Die skrywers kom tot die slotsom³ dat die Harms-toets ongeldig is, aangesien selfs in hierdie gevalle die onderskeie skuld van die partye relevant is.
- (iii) Die dwaling van die kontrakontkenner word veroorsaak deur 'n derde persoon vir wie se optrede geeneen van die partye middellik aanspreeklik is nie. In gevalle soos hierdie kan die optrede van die kontrakontkenner egter nog steeds nalatig wees, soos blyk uit *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker*. Volgens die Harms-toets sal die kontrakontkenner altyd, sonder dat die nalatigheidsvraag gestel word, gebonde wees – 'n onbillike gevolg. Die derde party se optrede het immers tot gevolg dat beide kontrakontkenner en – opwerper

¹ Die skrywers verwys op 672 na *Otto v Heymans* 1971 (4) SA 148 (T) op 157-160; Hunt 1962 SALJ 120; Lubbe en Murray 338; Kerr Principles op 194.

² Kahn 1955 SALJ 246 op 263-266; Kahn 1971 SALJ op 419 ev.; Francis SALJ 278 op 284-294.

³ Op 673.

onskuldig betrokke raak. Die nadeel veroorsaak deur die buitestaander se optrede moet rus waar dit val – op beide partye. Dus: die derde party se tussenkoms kan nie net geïgnoreer word nie.

Die skrywers doen ten slotte¹ aan die hand dat die Harms-toets verwerp moet word en dat die element van verwythbaarheid in die toets behou moet word.

Dale Hutchison² is van oordeel dat daar 'n botsing bestaan tussen die leerstukke van *justus error* en konstruktiewe *consensus*. As *justus error* moet oorleef, sou dit omskryf moet word in terme van konstruktiewe *consensus* ten einde 'n volledige rekonsiliasie van die twee leerstukke te verseker.³

“An error would thus be iustus when one or more of the requirements of quasi-mutual assent (or the reliance theory) was not satisfied. This might seem contrived, even a negation of the original doctrine of iustus error, but any other interpretation carried with it the unthinkable possibility that, approached from one side, A could resile for iustus error, while approached from the other side, B could uphold the contract on the basis of quasi-mutual assent.”

Hutchison⁴ meen dan ook dat dit die effek van *Sonap* is. In alle gevalle van beweerde *dissensus* moet mens bloot vra: het die partye *consensus* bereik? Indien nie, het die een party die ander party onder die redelike indruk gebring dat *consensus* wel bereik is? As geeneen van hierdie grondslae aanwesig is nie, is daar niks waarop die beweerde kontrak kan berus nie en dit is gevolglik

¹ Op 673.

² *Contract Formation in Southern Cross* 1996 op 192-193.

³ Op 192.

⁴ Op 193.

nietig, ... or, if one prefers to phrase the matter in this misleading manner, the error is *iustus*.”

Hutchison is ongetwyfeld korrek dat 'n rekonsiliasie van die twee benaderingswyses nodig is. Ek is egter nie oortuig dat die hele *dissensus*-oplossing saamgepers kan word in die twee vrae wat hy voorstel nie of dat die *justus error*-leerstuk moet verdwyn nie. Ek is ook nie oortuig dat dit die bedoeling van Harms Wn AR in *Sonap* was om so 'n drastiese stap te neem nie.

Daar is nog 'n ander probleem wat in hierdie verband na vore kom. Weens sy opvatting dat die verklaringsteorie die vertrekpunt is, bevind die geleerde regter dat die *common intention* in die valse notariële akte weerspieël word. As mens Hutchison se toets aanvaar, dan moet jy sê (aldus Harms AR) dat daar wel *consensus* was en dus *cadit quaestio*. Hutchison se formule kan dus in sommige gevalle nuttig wees, maar slegs as mens die *consensus*-uitgangspunt aanvaar – en in *Sonap* geval sou bevind het dat daar geen *consensus* was nie – strydig met die genoemde Appèlhof-uitspraak.

Ek kom hieronder terug op 'n voorgestelde versoeningsmoontlikheid tussen die twee benaderingswyses.

***Justus error* na Sonap: Die howe se houding**

Die enigste gerapporteerde beslissing waarin gepoog is om 'n uitleg aan die uitspraak van Harms Wn AR in *Sonap* te gee, is die van *Sun Couriers (Pty) Ltd v Kimberley Diamond Wholesalers*.¹ Die feite is dat die eiser, Kimberley Diamond Wholesalers, diamanthandelaars te Kimberley, 'n pakkie diamante per kourier na 'n kliënt in Mosselbaai wou versend. Die verweerder, 'n verskaffer van koerierdienste, het dié opdrag mondelings aanvaar. Die eiser

¹ 2001 (3) SA 110 (NC).

se skuldoorsaak is op die mondelinge ooreenkoms gebaseer, wat die gevolg sou inhou dat die verweerder, wat die diamante in ontvangs geneem het en dit toe verlore laat gaan het, aanspreeklik sou wees om aan eiser die waarde daarvan (R36000,00) te vergoed.

Die verweerder het egter opgewerp dat die kontrak nie slegs die mondelinge bedinge soos deur eiser beweer, bevat het nie, maar dat sy boodskapper 'n versendingsnota aan die eiser se sekretaresse voorgelê het. Die nota het onder andere terme bevat wat die verweerder se potensiële aanspreeklikheid tot R50,00 beperk het.

Op die feite bevind die hof¹ dat die verweerder se boodskapper aan die eiser se sekretaresse slegs gevra het om versender en die geadresseerde se adresse in te vul. Sy is nie gevra om die nota te lees nie, of om dit te onderteken nie, nóg is haar aandag op die beperkende bedinge voor en agterop die nota gerig. Sy was nie bewus dat die nota kontraktuele bedinge bevat nie. Daar was dus nie werklike *consensus* tussen die partye nie.

Maar wat van konstruktiewe *consensus*? In hierdie verband het die verweerder se advokaat, met 'n beroep op *Sonap en Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha and Another*² aangevoer dat die reg in hierdie verband verander is:³

"The enquiry into the existence of quasi-mutual assent approaches the question of incorporation of the terms of a contract from the perspective of the creditor and that the approach previously adopted in the justus error-type cases, where the question was approached from the perspective of the debtor, has been replaced."

¹ Buys Wn RP, met wie Kgomo R saamgestaan het.

² 1999 (1) SA 982 (SCA).

³ Op 115 H-I van die verslag.

Byus Wn RP het hierdie argument in geen onsekere terme verwerp nie. Eerstens, meen hy,¹ is die opmerkings van Harms, Wn AR nie algemeen van aard nie maar beperk tot die feite voor hom in daardie saak.² Tweedens, het Harms Wn AR geensins van die vorige Appèlhofbeslissings in *George v Fairmead* en *Potato Board* afgewyk nie. Die geleerde regter verduidelik sy siening soos volg:³ In laasgemelde twee Appèlhofbeslissings is beslis dat as 'n persoon 'n skriftelike dokument teken sonder om dit te lees, hy aan die terme daarvan gebonde is, tensy daar 'n wanvoorstelling met betrekking tot die genoemde terme deur die ander party was. As daar geen sodanige wanvoorstelling was nie, kan die eerste party (die kontrakontkenner) steeds uit die kontrak ontsnap as sy *error* ten opsigte van die terme *justus* was. Die *Sonap*-saak beslis dat die kontrakontkenner op sy eie *error* kan staatmaak, waar die ander party nie redelikerwys deur die verkeerde voorstelling mislei is nie.

Die geleerde regter bevind dan⁴ dat die algemene beginsel in *George v Fairmead* nie oorwoeker is of verander het nie, maar dit slegs uitgebrei is. Die geleerde regter bevind ook dat daar niks in die uitspraak in *Durban's Water Wonderland* wat op so 'n "nuwe benadering" dui nie.

Op die feite van die onderhawige geval word bevind dat daar nóg ware, nóg konstruktiewe *consensus* bestaan het ten opsigte van die bedinge op die nota. Die verweerder is dus aanspreeklik.

¹ Op 117 van die verslag.

² Sien *Sonap* op 239 I – 240 A van die verslag.

³ Op 117 F-J.

⁴ Op 117 H-I van die verslag.

Die lotgevalle van die *Sonap*-beslissing in die regspraak was nie eenduidig nie.

Eerstens is daar 'n hele aantal beslissings wat gladnie eens na die *Sonap*-uitspraak verwys nie. Hulle is *Kok v Osborne and Another*,¹ *Dlovo v Brian Porter Motors Ltd t/a Port Motors Newlands*,² *Diners Club SA (Pty) Ltd v Livingstone and Another*,³ *Constantia Glaswerke BK v Snyman*,⁴ *Lake and Others NNO v Caithness*,⁵ *Glofinco v Absa Bank Ltd (t/a United Bank) and Others*,⁶ *Fourie NO v Hansen and Another*,⁷ *Kentz (Pty) Ltd v Power*.⁸

Vir huidige doeleindes is dit onnodig om die feite van elke saak in detail te ontleed. Ek vestig slegs die aandag op nuwe gesigspunte wat uit die beslissings na vore kom.

- (1) Die *justus error*-leerstuk geld ook by *error in personam* – byvoorbeeld waar die verkoper van 'n plaas bedoel het om dit aan 'n vennootskap te verkoop en dit geblyk het dat die ware koper 'n individu was.⁹

¹ 1993 (4) SA 788 (SEC).

² 1994 (2) SA 518 (C), 'n volbank beslissing.

³ 1995 (2) SA 493 (W).

⁴ 1996 (4) SA 117 (W).

⁵ 1977 (1) SA 662 (EC), 'n volbank beslissing.

⁶ 2001 (2) SA 1048 (W).

⁷ 2001 (2) SA 823 (W).

⁸ 2002 (1) All SA 597 (T), 'n volbank (3 regters) beslissing.

⁹ *Kok v Osborne and Another supra* op 797 G-J van die verslag. Sien ook *Lake and Others NNO v Caithness supra* op 672 l.

- (2) Daar bestaan geen rede waarom die *error* van die kontrakontkenner slegs *justus* sal wees as dit deur die teenparty veroorsaak is nie.¹
- (3) Die reël dat die *caveat subscriptor*-reël opsygeskuif word as die kontrakopwerper 'n plig gehad het om die teenparty se aandag op 'n “onverwagte” beding in die skriftelike kontrak te vestig en hy versuim het om dit te doen, of waar hy versuim het om 'n deur hom verwekte wanindruk by die teenparty te verwyder, is konsekwent toegepas.²
- (4) Die vraag op die aangevoerde *error justus* was of nie, word in die eerste plek beoordeel aan die hand van die kontrakontkenner se *eie* optrede.³
- (5) Die *consensus*-uitgangspunt, wat insluit die bewys aan die kant van beide partye se *animus contrahendi* is deur die Hoogste Hof van Appèl as vanselfsprekend aanvaar en toegepas.⁴
- (6) Die toets wat voorgestel is deur Davis Wn R (met wie King R) saamgestem het, in *Goldberg and Another v Carstens*⁵ ten einde te bepaal of die kontrakontkenner met 'n beroep op *justus error*, ignoreer nie alleen die *Sonap*-toets nie, maar is gebaseer op *George v Fairmead (Pty) Ltd.*, die 1958 Appèlhof-beslissing. Davis Wn R stel 'n eenvoudige toets voor:

¹ *Kok v Osborne and Another supra* op 801 A-D van die verslag, 'n beginsel wat miskien in *Constantia Glaswerke BK v Snyman supra* nie toegepas is nie – sien 125 B-F van die verslag. Beter is *Lake and Others NNO v Caithness supra* op 673 F – 674 B.

² *Dlovo v Brian Porter Motors Ltd t/a Port Motors Newlands supra* op 524 H-I van die verslag; *Diners Club SA (Pty) Ltd v Livingstone and Another supra* op 495 J – 496 B van die verslag; *Goldberg and Another v Carstens* 1997 (2) SA 854 (K) op 858 G van die verslag en weer op 859 A-J; *Glofinco v Absa Bank Ltd (t/a United Bank) and Others supra* op 1060 G; *Fourie NO v Hansen and Another supra* op 833 E-G.

³ *Lake and Another NNO v Caithness supra* op 673 F – 674 B; *Kentz v Power supra* op 614 a-g van die verslag.

⁴ *Africa Solar (Pty) Ltd v Divwatt (Pty) Ltd* 2002 (4) SA 681 (A) op 698 B-F.

⁵ *Supra* op 859 B.

- (a) eerstens het die *error* die partye verhoed om *consensus te bereik, en*
- (b) was dit redelik van die kontraktkenner om onder die vergissing te verkeer?

Daar is egter ook 'n tweede aantal beslissings waarin wel na *Sonap* verwys is. Hulle is *Steyn v LSA Motors Ltd*;¹ *Maresky v Morkel*;² *Prins v Absa Bank*;³ *Roomer v Wedge Steel (Pty) Ltd*;⁴ *Investec Bank Ltd and Another v Lefkowitz*⁵ en *Ridon v Van der Spuy and Partners*.⁶

Weereens stip ek slegs 'n paar kernopmerkings aan:

- (1) In nie een van die beslissings is te kenne gegee dat die *justus error* leerstuk nie meer in ons reg bestaan en met die *Sonap*-toets in geheel vervang is nie.
- (2) Daar is na die *Sonap*-toets verwys bloot insoverre dit gaan oor die misleide se vertroue.⁷

¹ 1994 (1) SA 49 (A) op 61 F-H van die verslag.

² 1994 (1) SA 249 (C) volbank.

³ 1998 (3) SA 904 (C) volbank op 909 B-G.

⁴ 1998 (1) SA 538 (N) volbank op 541 I-J van die verslag.

⁵ 1997 (3) SA 1 (A) op 9 A-B van die verslag.

⁶ 2002 (2) SA 121 (C) op 138 H – 139 E.

⁷ *Steyn v LSA Motors Ltd. supra* op 61 F van die verslag; *Maresky v Morkel supra* op 256 van die verslag; *Roomer v Wedge Steel (Pty) Ltd supra* op 41 I-J van die verslag; *Investec Bank Ltd and Another v Lefkowitz supra* op 8 J tot 9 B van die verslag.

- (3) In *Ridon v Van der Spuy and Partners*¹ word 'n beroep gedoen op *Sonap*, maar ook op *Steyn v LSA Motors Ltd*² ten einde die “*reliance theory*” te verduidelik, waar dit streng gesproke onnodig was, aangesien die hof bevind het dat hier 'n duidelike misleiding van die een party ten nadele van die ander was.
- (4) In *Prins v Absa Bank Ltd*³ het Prins 'n borgstelling teenoor die Bank onderteken, onder die indruk dat sy aanspreeklikheid daaronder beperk van aard was. Inderdaad was dit, volgens die borgakte, nie so nie. Die betrokke bankampnare was bewus van Prins se wanopvatting, maar het niks daaraan gedoen nie. Die hof bevind dat Prins se *error* onder die omstandighede *justus* was.

Davis Wn R (met wie Friedman R saamgestem het) merk tereg op dat die hof in *Sonap* “... *applied the reliance theory of contract to place the enquiry on the basis of an investigation into the reasonableness of the reliance by the party seeking to enforce the contract*”.⁴

Davis Wn R meen⁵ dat daar drie soorte gevalle is waar die kontrakontkenner hom suksesvol op *justus error* beroep het om die “*kontrak*” tersyde te stel:

- (1) Waar die kontrakontkenner nie blaamwaardig was met betrekking tot die *error* nie “... *in the sense that he behaved as a responsible person would have behaved in the circumstances, namely with due care*.”⁶ Davis Wn R sê dus inderdaad dat die kontrakontkenner nie nalatig moet opgetree het nie.

¹ *Supra* op 138 G – 139 D.

² *Supra* op 61 C-E van laasgemelde verslag.

³ *Supra*.

⁴ *Supra* op 909 F-G van die verslag.

⁵ Op 908 E-H.

⁶ Die geleerde regter beroep hom op *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd*, *supra* op 316 van laasgemelde verslag.

Ongelukkig verduidelik die belese regter nie wat die posisie sal wees as die kontrakontkenner wel nalatig was, maar die teenparty ook blaamwaardig was nie.

- (2) Waar die *error* veroorsaak is deur 'n wanvoorstelling van die ander party, hetsy dit opsetlik, nalatiglik of onskuldig gedoen is.¹
- (3) Waar die misleide se vertroue op die skyn van *consensus* onredelik was.

Davis Wn R sê dan dat volgens die reedsgenoemde artikel van Hutchison en Van Heerden die laaste twee gevalle kon saamsmelt – met ander woorde daar word vir doeleindes van hierdie twee kategorieë gekyk na die redelikheid van die vertroue van die beweerde misleide. Volgens die geleerde regter kan die volgende vier vrae aangevra word:

- (1) Was daar *consensus*?
- (2) Indien nie, was dit veroorsaak deur 'n *error*?
- (3) Was die kontrakopwerper bewus van die *error* aan die kant van die kontrakontkenner?
- (4) Wie het die *error* veroorsaak – was dit gedoen deur 'n handeling of late wat nie bedrieglik, nalatig of onskuldig was nie?

Die toetse gestel deur Davis Wn R gee eenvoudig nie die scenario van die effek van *justus error* korrek weer nie – selfs nie eers ten aansien van die beperkte veld van die redelikheid van die vertroue nie.

¹ Daar word 'n beroep gedoen op *George v Fairmead (Pty) Ltd supra* op 471 B-D van laasgemelde verslag.

Eerstens, soos die belese regter self aantoon, is die eerste ondersoek of die kontrakontkenner self redelik (d.w.s. nie nalatig) op getree het. Hierdie vraag moet dan seker tussen vrae 2 en 3 van Davis Wn R ingevoeg word.

Tweedens, wat Davis Wn R se derde vraag betref, is die toets nie slegs of die kontrakopwerper van die ander party se dwaling bewus was nie, maar of hy as redelike persoon, daarvan bewus moes gewees het.¹

Derdens, wat Davis Wn R se vierde vraag betref, wat sal die posisie wees as beide die kontrakopwerper en –ontkenner vry van blaam was (*“innocent”*)? En wat as dit blyk dat die kontrakontkenner nalatig was maar die *error* veroorsaak is deur 'n nalatige wanvoorstelling van die kontrakopwerper?

Die *justus error*-probleem kan nie in al sy verskeidenheidsvorme opgelos word deur die formules in *Sonap* en in *Prins* nie. Moet skuld, en dan minstens die opweging van onskuld teenoor onskuld en nalatigheid teenoor nalatigheid in die twee gestelde gevalle, nie in die toets gestel word nie?

Op hierdie vrae kan alleen geantwoord word na 'n ondersoek van die reëls met betrekking tot konstruktiewe *consensus* (*“quasi-mutual assent”*) en die jukstaposisie van die twee benaderingswyses.

Konstruktiewe *consensus*

Die resultaat van hierdie benadering is dat 'n kontrak regtens volgens die vertroue van die kontrakopwerper tot stand kom.

¹ Harty *supra* en Sonap *supra*.

Alhoewel die algemene *ratio* vir hierdie beginsel nie aan die Anglo-Amerikaanse of ons eie reg vreemd is nie, bestaan daar juis op gebied van *dissensus* onsekerhede oor die toepassing daarvan.

In wese gaan die onsekerheid oor die vraag of die kontrakontkenner gebonde gehou word bloot omdat hy die skyn van *consensus* verwek het, byvoorbeeld deur die verspreking of tikfout te begaan, of is daar eers gebondenheid as hy *verwyd* kan word? Indien laasgenoemde, word *nalatigheid* vereis?

Die debat oor hierdie vraag word deur dogmatiese standpunt-innames vertroebel. Soms word gesê dat die leerstuk wat hier van toepassing is, dié is van *estoppel*. Andere ontken dit en meen dat dit 'n eiesoortige leerstuk is. Selfs diegene wat meen dat dit *estoppel* is wat toegepas word, verskil oor die vraag of skuld 'n vereiste is vir 'n geslaagde beroep op *estoppel* en dus oor die vraag of skuld aan die kant van die kontrakontkenner ook in hierdie gevalle 'n vereiste is of moet wees.

Die regspraak oor hierdie kwessie strek vanaf 1928.

In *Van Ryn Wine and Spirit Co v Chandos Bar*¹ onderhandel ene Frankle, die verteenwoordiger van die appellant (Van Ryn Wine and Spirit Co) met mev. Hurley, 'n vennoot in die respondent-firma, Chandos Bar. Hy bied die respondent-firma 'n hoeveelheid drank teen 'n afslagprys aan, maar verduidelik dat 'n faktuur vir die volle prys, dit wil sê die voor-afslagprys, aan respondent gestuur sal word. Die faktuur word egter slegs gestuur om sand in die oë van die drank-kartel te strooi en moet deur respondent geïgnoreer word. Die drank word gelewer en die afslagprys word betaal. 'n Aantal fakture vir die volle prys word inderdaad aan respondent gestuur, maar ooreenkomstig die verstandhouding, word dit genegeer. Appellant dagvaar dan vir die volle koopprys.

¹ 1928 TPD 417.

Deel van die appellant se saak was dat respondent hom nie op 'n bedoeling om slegs die afslagprys te betaal kan beroep nie, omdat respondent die goedere behou het na ontvangs van die fakture waarop die volle koopprys verskyn en nooit teen die fakture beswaar gemaak het nie.

Die hof, per Greenberg R, beklemtoon dat daar vir kontraksluiting wilsooreenstemming vereis word. Mev. Hurley het nooit bedoel om die goedere aan te koop teen die pryse in die faktuur vermeld nie. Appellant poog egter om die respondent op grond van die *doctrine of quasi-mutual assent* of te wel *estoppel* gebonde te hou. Greenberg R wys daarop dat hierdie beginsel afkomstig is van *Freeman v Cooke*,¹ wat in *Smith v Hughes* verder deur Blackburn R in die volgende terme verduidelik is:

"If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms."

Die ontvang en behoud van goedere deur 'n koper onder dekking van 'n faktuur kan, volgens Greenberg R, tot gebondenheid lei omdat die ontvanger *will be held to have assented to buy the goods at the price*.² Die toets is dié van die redelike persoon:

*"If the offeree's conduct in the circumstances is not such as one would expect from a reasonable person who did not intend to assent to the offeror's terms, then the rule would apply."*³

¹ 1848 2 Ex 654.

² Op 423.

³ Op 423.

Greenberg R sê vervolgens¹ dat die beslissings waarna hy verwys uit die Engelse reg afkomstig is. Maar, sê hy, daardie beginsel geld nie slegs in die Engelse reg nie, dog is ook deel van die Romeins-Hollandse reg: “*The doctrine is one of estoppel, which as was pointed out by Solomon, JA, in Baumann v Thomas*² *is as much a part of our law as it is of that of England.*”³

In casu bevind Greenberg R dat mev. Hurley nie onredelik opgetree het om Frankle se voorstellings te glo nie. Absolusie van die instansie word derhalwe teen appellant se aksie vir die volle koopprys verleë, die verminderde koopprys synde reeds betaal.

In *Hodgson Bros v South African Railways*⁴ maak Hodgson Bros per brief ‘n aanbod aan die betrokke minister om ‘n bepaalde vragmotor vir ‘n bedrag van £500 te verkoop. Na verdere briefwisseling, waarna daar nooit weer na die genoemde prys verwys word nie, word Hodgson Bros meegedeel dat ‘n bepaalde amptenaar die saak verder sal hanteer. Daarna ontvang Hodgson Bros ‘n brief van die amptenaar wat die aanbod aanvaar en byvoeg:

*“... this price to include certain spares you hold for the lorry and I shall be glad to hear if you are agreeable to accept these terms.”*⁵

Hodgson Bros betuig hul instemming, maar net hierna ontvang hulle ‘n telegram van die amptenaar wat aanvoer dat hy versuim het om te noem dat die Spoorwegadministrasie slegs bereid is om £300 vir die vragmotor te betaal.

¹ Op 424.

² 1920 AD op 434.

³ Op 424.

⁴ 1928 CPD 257.

⁵ Op 258.

Hodgson Bros beweer dat die Spoorwegadministrasie gebonde is aan 'n kontrak vir 'n koopprys van £500. Die Spoorwegadministrasie se repudiëring van so 'n kontrak word deur Hodgson Bros as kontrakbreuk aanvaar en hul eis skadevergoeding. Hul slaag in die aksie. Die hof, per Benjamin Wn RP, bevind dat daar wel 'n kontrak met 'n koopprys van £500 tot stand gekom het; dat die Spoorwegadministrasie daardie kontrak onregverdig gerepudieer het en dat Hodgson Bros op die gevorderde skadevergoeding geregtig is. Wat die totstandkoming van die kontrak betref, verklaar die regter dat toe die amptenaar die betrokke brief geskryf het, hy nie geweet het dat Hodgson Bros reeds 'n aanbod van £500 gemaak het nie, aangesien hy nie die vorige korrespondensie gesien het nie. Hy wou die koopprys van £300 in sy brief genoem het, maar het dit per abuis uitgelaat. Die hof aanvaar sy getuienis en bevind ook: *Much blame cannot therefore be attached to him ...* maar nogtans het sy brief, saamgelees met die vorige korrespondensie, Hodgson Bros mislei om te glo dat die Administrasie bereid was om die vragmotor vir £500 te koop. Daar het dus 'n geldige koopkontrak vir £500 tot stand gekom. Die regter verklaar dat dit ongelukkig mag wees vir die Spoorwegadministrasie, *... but having induced the erroneous belief in the minds of the plaintiffs, they were bound thereby, whatever their actual intention may have been.*¹ Daar word verwys na die reeds-genoemde beginsel vasgelê deur Blackburn R in *Smith v Hughes*.

In *Patel v Le Clus (Pty) Ltd*² spreek die eiser (Le Clus (Pty) Ltd) die appellant aan vir die koopprys van *twee gros stelle* Paul Kruger-kaarte. Appellant ontken die kontrak en beweer dat hy slegs twee gros kaarte gekoop het. Die ooreenkoms was mondelings, maar daar is, volgens appellant, by die opskrifstelling gefouteer deur na *twee gros stelle* kaarte verwys en nie slegs na twee gros nie. Hy eis dus rektifikasie van die skriftelike bestelvorm, alternatiewelik 'n bevel dat die kontrak nietig is weens die afwesigheid van *consensus*.

¹ Op 261.

² 1946 TPD 30.

Die hof, per Barry RP, bevind op die feite teen die verweerder. Die verweerder was nie mislei nie en het bedoel om *twee gros stelle* te koop.¹ Slegs as alternatief – en inderdaad *obiter* – word bevind dat verweerder gebonde is aan sy ondertekening van die bestelvorm ... *because the mistake is due to his carelessness or inattention*.² Daar word verwys na 'n mening uit Wessels³ wat met beroep op D. 22.6.9.2 verklaar:

“A signs a contract. He misreads one of the terms and would not have signed the contract if he had not made the mistake. As the mistake is due to his own carelessness or inattention, the law will take no notice of the mistake, and the contract will be binding.”

Die regter beroep hom ook op die stelling in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd*⁴ wat daarop neerkom dat die reg nie ag slaan op die subjektiewe bedoeling van die partye nie, maar slegs let op die eksterne manifestasies daarvan. Ook word verwys na *Hodgson Bros v South African Railways*, *supra*, en die reeds aangehaalde passassie uit *Smith v Hughes*.

'n Belangrike beslissing in verband met *dissensus* is dié van Trollip R in *Peri-Urban Areas Health Board v Breet NO and Another*.⁵ In Maart 1947 rig die Transvaalse Provinsiale Sekretaris 'n brief aan Breet se agent waarin toegestem word dat Breet vir die doeleindes van dorpstigting 'n sekere watervoorsieningskema mag onderneem, maar op bepaalde voorwaardes, onder andere dat 'n plaaslike owerheid wat in die toekoms ingestel mag word, geregtig sal wees om die skema sonder teenvergoeding oor te neem. Breet en sy agent antwoord nooit op hierdie brief nie en gaan voort om die skema te

¹ Op 33.

² Op 34.

³ *Contract*, vol. 1 par. 895.

⁴ 1924 AD 794.

⁵ 1958 (3) SA 783 (T).

implementeer. Breet neem egter nie genoeë met die voorwaarde nie en stem nooit na buite daartoe in nie. In 1956 eis die applikant die oordrag van die skema. Teen Breet se eksekuteur se verweer, dat Breet nooit tot die genoemde voorwaarde ingestem het nie, word aangevoer dat Breet regtens geag word om toe te gestem het. Trollip R beslis dat Breet en sy eksekuteur nie aldus gebonde is nie, omdat Breet se stilswye nie tot die nadeel van die Administrateur of die huidige applikant strek nie. Die nadeel-vereiste volg uit die beginsels van die leerstuk wat volgens Trollip R van toepassing is, naamlik die van *estoppel*. Om die besondere belang daarvan en die kernagtige argumentering van Trollip R word die betrokke gedeelte uit die uitspraak volledig aangehaal:¹

"The principle presumably relied upon by the applicant is the famous one relating to contracts stated by Blackburn, J in Smith v Hughes, (1871) LR 6 QB at p. 607.

'If, whatever a man's real intention may be he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.' In that there is no requirement that there shall be detrimental action in reliance on the manifestation. And compare Cheshire and Fifoot on Contract. On the other hand all of the other textbook writers that I have been able to consult treat the principle as being actually part of the doctrine of estoppel. Blackburn J. himself in Smith v Hughes apparently regarded the principle as being part of the doctrine of estoppel, and so did Greenberg J (as he then was) in Van Ryn Wine and Spirit Co v Chandos Bar. Because of that formidable array of authority I think that I must accept in preference to Williston's view that the principle is really one of ordinary estoppel. It follows that

¹ 789 G tot 790 G. Ek laat die agbare regter se verwysings na die gesagsbronne waarop hy steun, weg.

the party invoking the principle must prove all the requirements of estoppel in order to succeed, including the requirement of prejudice, that is 'detrimental action in reliance on the manifestation'. The need to prove prejudice before the principle can be successfully invoked was not referred to in the cases cited above in which the principle was applied, and it was not mentioned as a requisite in Van Ryn Wine & Spirit Co v Chandos Bar, but I think that it must be regarded as an essential element in the successful application of the principle. It may be that it is not expressly referred to in those cases because prejudice in relation to estoppel has such a wide connotation and the very act of the one contracting party in entering into the contract in reliance on the other's conduct will be regarded in most bilateral contracts as a sufficient alteration of his position to his detriment to meet the requirement of prejudice. That seems to be implicit in the statement of the principle by Blackburn J in Smith v Hughes quoted above ('and that other party upon that belief enters into the contract with him'). See too Salmond and Williams on Contract in their note (b) on p. 4. That, however, does not alter the fact that the party relying on the principle must show some kind of prejudice, even of the minimum kind just mentioned."

Die vraag, of in gevalle van *dissensus* die kontraktkenner aanspreeklik gehou word weens *quasi-mutual assent* of *estoppel* en die rol van skuld, word weer aangeraak maar onbeslis gelaat in die Appèlhofuitspraak in *Ocean Cargo Line Ltd v FR Waring (Pty) Ltd*.¹ Die appellant, 'n skeepseienaar, stel aksie in teen respondent, 'n verskepingsagent, vir terugbetaling van 'n bedrag wat volgens appellant verkeerdlik oorbetal is aan 'n derde party, die Egiptiese Regering, deur appellant se agent, die respondent. Die respondent ontken dat hy namens appellant opgetree het of dat daar 'n verteenwoordigingsooreenkoms tussen hom en appellant bestaan. Die meerderheid van die Appèlhof bevind dat appellant nie kan slaag nie, omdat

¹ 1963 (4) SA 641 (A).

hy nie bewys het dat daar *consensus* was oor 'n mandaat tussen die twee partye nie. Die meerderheid volstaan bloot met hierdie bevinding.

In 'n minderheidsuitspraak kom Ogilvie Thompson AR tot die teenoorgestelde gevolgtrekking. Volgens hom blyk dit duidelik dat respondent in 'n kabel aan ene Livanos, appellant se agent, vir betaling van die *despatch moneys*, wat benodig was ten aansien van die betrokke vragte, gevra het. In antwoord daarop word die geld gestuur. Volgens die geleerde appèlregter kan appellant nie nou kom aanvoer dat dit nie sy bedoeling was om die betrokke geld aan respondent toe te vertrou nie.

Ten aansien van die grondslag van appellant se gebondenheid maak Ogilvie Thompson AR egter stellings wat op 653 besonder insiggewend is en wat ek om daardie rede volledig aanhaal.

"In the words, often cited in our Courts, of Blackburn, J., in Smith v Hughes, LR 6 QB 597 at p. 607:

If, whatever a man's real intention may be he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.

For the purposes of this case I do not find it necessary to consider whether the principle embodied in this passage is more appropriately based on 'quasi-mutual assent', or upon 'estoppel' (Van Ryn Wine and Spirit Co v Chandos Bar, 1928 TPD 417 at pp. 422-426) or upon what Professor De Wet in his 'Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting' designates as 'skuld'. Nor is it necessary to consider the learned Professor's criticism, made in the treatise last cited above, of the observation of Wessels, JA in South African Railways & Harbours v National Bank of SA Ltd., 1924 AD 704 at pp. 715-6, to which

reference was also made in Trollip v Jordaan, 1961 (1) SA 238 (AD) at p. 248. For, whichever of these views be the correct basis, on the facts of the present case the principle embodied in the above cited passage from Blackburn, J, is, in my opinion, applicable."

Die probleem van wat die aard, grondslag en vereistes van die betrokke leerstuk is, word nie deur hierdie uitspraak opgelos nie. Nogtans is dit duidelik dat in ons hoogste hof begrip bestaan het vir die omvang van die probleme.

Ten aansien van die toepaslike leerstuk kom die grondslagvraag weer in *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* ter sprake.¹ Ongelukkig blyk die volledige feitestel nie uit die gerapporteerde Appèlhofbeslissing nie en mens moet jou wend na die verslag van die uitspraak in die hof *a quo*, dit wil sê die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling, waarin Nestadt R die uitspraak gegee het.²

Friedman het R14000 gehad om te belê. Op advies van ene Weinstein besluit hy om dit te belê by Saambou in volopbetaalde voorkeuraandele, en wel in die naam van sy eggenote. Laasgemelde teken die nodige aansoekvorm en Friedman oorhandig sy tjek ten bedrae van R14000 met begunstigde Saambou. Die tjek en aansoekvorm is aan Weinstein oorhandig om die aandele te bekom. Omdat Friedman nie 'n kwitansie vir die tjek van Weinstein kon kry nie, las hy betaling van die tjek af. Intussen, egter het drie vreemdelinge (Hira, Parshotam en Morar) aansoekvorms vir Saambou volopbetaalde voorkeuraandele ten bedrae van R14000 voltooi. 'n Onbekende persoon wat blykbaar voorgegee het dat hy Friedman is, maak sy opwagting by Saambou met Friedman se genoemde tjek en die drie aansoekvorms. Die tjek word deur Saambou aanvaar en die aandele uitgereik aan Hira, Parshotam en Morar. Mev. Friedman se aansoekvorm het nooit vir Saambou bereik nie. Toe die ware Friedman se tjek deur

¹ 1979 (3) SA 978 (A).

² Sien *Saambou National Building Society v Friedman*, 1977 (3) SA 268 (W).

Saambou vir betaling aangebied word, word betaling geweier omdat dit deur Friedman afgelas is. Saambou spreek Friedman aan. Friedman se eerste verweer was dat Saambou geen waarde van Friedman vir die tjek gegee het en dus dat daar geen *justa causa* vir die tjek was nie. Tweedens is aangevoer dat daar geen *consensus* tussen Friedman en Saambou was oor die terme van die uitbetaling van die tjek nie.

Die hof *a quo* beslis die saak op die basis van “*quasi mutual assent*” en bevind dat Friedman nie redelikerwys kon voorsien het dat die persoon wat hom valslik as Friedman voorgedoen het, die tjek en ooreenstemmende valse aansoekvorms sou bekom het en dat gemelde persoon bedrieglike handeling met die tjek sou verrig. Estoppel kan dus nie teen Friedman ingespan word nie en Saambou se aksie is van die hand gewys.

Saambou het dié uitspraak op appèl na die Appèlhof geneem, maar sonder sukses.

Die hoofbevinding van die Appèlhof, by monde van Jansen AR, is dat daar geen kontrak tussen Saambou en Friedman tot stand gekom het nie. Maar Saambou het hom voorts op *estoppel* beroep om Friedman kontraktueel gebonde te hou en Jansen AR behandel ook hierdie beroep.¹ Die geleerde appèlregter begin met 'n stelling wat daarop dui dat dit nie in die onderhawige gevalle om *estoppel* gaan nie, maar om die *vertrouensteorie*. Weens die enigmatiese strekking van die uitlating word dit volledig aangehaal:²

“Die leerstuk van estoppel skyn in 'n mate dié van die vertrouensteorie by kontraksluiting te oorvleuel. Trouens, daar word dikwels in dié verband ook van estoppel gepraat (vgl. Peri-Urban Areas Health Board v Breet NO and Another 1958 (3) SA 783 (T) en die verwysing aldaar). Tog, wat ook die historiese grondslae van 'n toepassing van die

¹ Op 1002 B ev.

² Op 1002 C-E.

vertrouensteorie in sommige gevalle in ons regspraak mag wees, sou dit tot groter helderheid van denke lei om in hierdie verband nie van estoppel te praat nie as ware estoppel nie bedoel word nie. (Vgl. Williston rev ed en 3de uitg. para. 98; EK 1959 SALJ te 123-6; GA Mulligan 1959 SALJ te 276-279; Kerr aw te 12; RH Christie 1976 Acta Juridica te 155). Aldus sou o.a. 'n verslapping van die vereistes van ware estoppel ook nie in die hand gewerk word nie."

Hierdie stelling kan gelees word om te beteken dat dit nie hier om *estoppel* gaan nie. Maar wat die vereistes van die vertrouensteorie is, sê Jansen AR ook nie. Wat meer is, hy stel baie duidelik die vereiste dat om Friedman aan 'n kontrak gebonde te hou, daar *skuld* aan sy kant moes gewees het.¹ *In casu* word bevind dat Friedman geensins nalatig opgetree het nie² en dat hy dus nie deur die werking van *estoppel* gebonde gehou kan word nie.

Die kwessie van konstruktiewe *consensus* kom weer ter sprake in *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd*.³ Die appellant (eiser *a quo*) het op grond van 'n stilswyende kontrak aksie ingestel. Respondent ontken die bestaan van die beweerde kontrak. Die feite was die volgende: Ene Pape van respondent-maatskappy sluit 'n kontrak met 'n maatskappy, Transterra, om sekere toerusting te vervaardig en aan Transterra te verkoop. Transterra gaan 'n ooreenkoms aan met die appellant-bank vir finansiering en wel in die bekende vorm dat die bank die koopsom voorskiet en dat 'n huurkontrak aangegaan word in terme waarvan die koper (Transterra) die geleende geld en finansieringskoste as huurpaaielemente aan die bank terugbetaal. Transterra versoek Pape om 'n faktuur, gerig aan appellant vir die verkoop van die goedere, te lewer en die faktuur word aan appellant oorhandig. Appellant betaal daarna die grootste deel van die voorskot aan respondent en 'n skriftelike huurkontrak word met Transterra aangegaan. Transterra weier egter ontvangs van die toerusting en versuim

¹ Op 1003 F-G.

² Op 1003 H, 1004 G-HH en 1006 B-D.

³ 1983 (1) SA 978 (A).

ook om die huurgeld aan appellant-bank te betaal. Appellant stel aksie in teen respondent. Hy baseer sy eis op die bestaan van 'n koopkontrak tussen homself en respondent en wel op basis van die gelewerde faktuur.

Die hof, by monde van Botha AR, bevind op die feite dat daar geen stilswyende kontrak tot stand gekom het nie omdat dit geensins Pape se bedoeling was om met appellant 'n koopkontrak te sluit nie.¹

Die vraag, volgens Botha AR, is dan: is respondent deur *estoppel* belet om die bestaan van 'n koopkontrak te ontken?²

Die geleerde appèlregter verklaar dan³ dat die enigste denkbare basis waarop respondent, in die afwesigheid van 'n werklike kontrak, gebonde gehou kan word, in die passasie van Blackburn R in *Smith v Hughes*⁴ te vinde is. Op die feite word bevind dat appellant nie enige gedrag aan die kant van respondent, wat die appellant sou regverdig om die faktuur as 'n aanbod te beskou, bewys het nie. Geen redelike persoon sou die faktuur as 'n aanbod beskou het nie en appellant was dus nie geregtig om dit so te beskou nie. Daar was ook geen sodanige voorstelling deur respondent nie.⁵

Volgens hierdie uitspraak word die Blackburn-*dictum* dus met *estoppel* vereenselwig en, implisiet, met nalatigheid.

'n Belangrike Appèlhofbeslissing wat met konstruktiewe *consensus* handel, is *Steyn v LSA Motors Ltd*⁶, wat reeds hierbo bespreek is. Die leser sal onthou dat Steyn, (die eiser) 'n amateurgholfspeler, aksie ingestel het op die basis

¹ Op 981 A – 984 D.

² Vraagstelling op 981 A waar die woord *estoppel* uitdruklik gebruik word.

³ Op 984 D-E.

⁴ Op 984 D-F.

⁵ 985 B – 986 A.

⁶ 1994 (1) SA 49 (A).

van 'n kontrak met respondent (verweerder), wat hom geregtig sou maak op sekere prysgeld, omdat hy in die betrokke gholfkompetisie 'n putjie-in-een behaal het. Die hof, by monde van Botha AR, bevind dat daar geen *consensus* was nie, omdat respondent geen bedoeling gehad het om 'n aanbod aan appellant te maak ten opsigte van die prysgeld nie. Botha AR vra egter of daar nie gebondenheid kan wees op basis van die *Blackburn-dictum* nie.¹ Hy toon aan dat dit nie genoeg vir die geadresseerde is om te bewys dat hy die aanbod aanvaar het weens die aanbieder se implisiete voorstelling dat die aanbod sy wil korrek weerspieël nie. Die kernvraag, aldus die geleerde regter, is of 'n redelike persoon in die posisie van die geadresseerde die aanbod sou aanvaar het in die vertroue dat dit die ware bedoeling van die aanbieder weerspieël.²

Op die feite bevind die hof dat Steyn nie as redelike man kon aanvaar het dat die aanbod ook aan hom, as amateur, gerig is nie.³

Die jukstaposisie van die *justus error*- en die konstruktiewe *consensus*-benaderingswyses by die oplossing van die *dissensus*-probleem in ons reg.

Soos aangetoon, ken ons positiewe reg twee benaderingswyses tot die *dissensus*-probleem: *justus error* en konstruktiewe *consensus*. Die praktiese doelwit van die twee normkomplekse verskil. Met die *justus error*-benaderingswyse wil een van die kontraktante slegs ontslaan word van enige kontraktuele gebondenheid – hy wil net uit die situasie *loskom*. Met die konstruktiewe *consensus*-benaderingswyse wil die een party die ander aan 'n kontrak, soos hy dit sien, *gebonde hou*.

¹ Op 61 E.

² Op 61 D-E.

³ Op 62 F – 64 H.

En tog is daar 'n logiese samehang tussen die twee benaderingswyses wat ook nog nie bevredigend in ons regspraak aangespreek is nie. Dit is die volgende.

Neem die voorbeeld: A verkoop aan B ingevolge 'n skriftelike stuk 'n klavier vir 1000 frank. A, 'n Fransman, meen dat die prys uitgedruk is in Franse frank. B, 'n Belg, reken dis uitgedruk in Belgiese frank.

As A hom op die *justus error*-leerstuk sou beroep – dus moet aantoon dat sy dwaling redelik en verskoonbaar was – en hy slaag in die beroep, is hy ontslaan van aanspreeklikheid. Slaag hy nie daarin nie, is hy noodwendig gebonde aan die kontrak, soos deur B verstaan. Maar dieselfde resultaat sou bereik gewees het as B hom van die begin af op die leerstuk van konstruktiewe *consensus* beroep het en bewys het dat A op onredelike en onverskoonbare wyse die skyn van *consensus* geskep het. Slaag hy daarin, is A gebonde aan die kontrak soos deur hom, B, ingesien. Slaag hy nie, beteken dit dat A se *error justus* was en is daar geen gebondenheid nie. Dit hang slegs daarvan af wie die eisende partye was en hoe die pleitstukke verloop het.

Die logiese eindpunt van die twee benaderingswyses is dat dit maar twee prosesregtelike verskyningsvorme van dieselfde vraag is, naamlik, *moet B se vertroue beskerm word?* Daarom kan daar nie verskillende toetse wees by *justus error* en konstruktiewe *consensus* nie – byvoorbeeld wat skuld betref. Dit is immers ondenkbaar dat A vir B gebonde kan hou op die basis van konstruktiewe *consensus* en B daarna, deur hom op 'n ander toets te beroep, weer van aanspreeklikheid ontslaan kan word.

Uit hierdie fundamentele perspektief kan na my mening 'n paar gevolgtrekkinge gemaak word:

- (a) In die toekoms sal ons howe die logiese eindpunt van die twee benaderingswyses kan en moet identifiseer as twee prosesregtelike verskynsels van dieselfde regsvraag, naamlik wie se vertroue, dié van

kontraktant A of B, of enigeen van hulle, beskerm moet word deur handhawing van 'n gewekte skyn.

- (b) Op daardie stadium sal dit duidelik word dat, of mens die een of die ander benaderingswyse volg, dieselfde regsvereistes gestel moet word, omdat dit maar oor die toepassing van één regsbeginnsel gaan.
- (c) Nogtans sal die behoud van die twee prosesregtelike benaderingswyses behoue bly, omdat hulle 'n nuttige, aanvullende rol speel. A wil net van gebondenheid ontslaan word en beroep hom op *justus error*. B neem genoeg daarmee. Daar is geen dispuut en geen gebondenheid nie. Waar B egter nie genoeg neem nie, kan hy óf net aanvoer dat A se *error* nie *justus* was nie, óf dat A *estop* is om hom daarop te beroep, met ander woorde hy pleit konstruktiewe *consensus*. Slaag B in enige van hierdie twee prosesregtelike verwerpe, kom die kontrak tot stand soos hy dit ingesien het. Daar is geen tussenoplossing bestaanbaar nie.
- (d) Gestel egter B wil eisend optree. Hy beroep hom op die bestaan van die kontrak soos hy dit ingesien het. A sal *dissensus* moet pleit. Hy hoef niks verder te pleit nie. B sal nou moet repliseer dat as daar *dissensus* bewys word, A se *error* nie *justus* was nie, of dat A *estop* is om die *dissensus* te bewys – met ander woorde dat daar konstruktiewe *consensus* bestaan. Slaag B, is daar kontraktuele gebondenheid soos deur hom voorgestel; slaag hy nie, is daar geen gebondenheid nie.

'n Derde moontlikheid is prosesregtelik denkbaar. Dit is dat beide konstruktiewe *consensus*, soos deur hom of haar ingesien maar met verskillende gevolge, teen die ander opwerp. Die een wat slaag se siening word gehandhaaf, wat implisiet beteken dat die verloorder se *error* nie *justus* was nie.

- (e) Die huidige teenstelling tussen die twee benaderingswyses en die vraag of hulle versoenbaar is en of hulle albei moet bestaan, is dus, myns insiens, futiel weens die redes uiteengesit.
- (f) Die uiteindelijke vraag sal gaan oor die gemeenskaplike vereistes vir die twee prosesregtelike benaderingswyses en in besonder die vraag: wat is die aard van die *verwyt* (om nou maar 'n voorlopige term te gebruik) wat kontraktant A tref dat sy *error* nie *justus* was nie of dat *consensus* konstruktief teen hom bevind sal word? Moet daar *skuld* (*culpa*) aan sy kant wees? Is 'n bevinding van *onregmatigheid* nie voldoende nie? Is 'n bevinding dat hy die *causa causans* van die *dissensus* was, nie voldoende nie? Of dat hy die *risiko* van die *dissensus* geskep het?

Ons positiewe reg is moeisam besig om op hierdie kernvraag 'n antwoord te probeer vind: wat bedoel ons as ons sê die dwalende se *error* moet *justus*, dit wil sê *redelik* en *verskoonbaar* wees? En wat bedoel ons presies as ons sê een van die kontraktante word aan die skyn van *consensus* gebonde gehou omdat hy op verwytbare wyse die ander mislei het (*he is to blame*)?

Die kern van die probleem word goed deur die onsekerhede op gebied van die *justus error*-leerstuk en oor wat presies nodig is vir 'n geslaagde beroep daarop, geïllustreer.

As die *fidens* (of iemand vir wie se handeling hy middellik aanspreeklik is) die oorsaak van die dwaling aan die kant van die teenparty was, dan behoort sy vertroue nie beskerm te word nie. Omgekeerd egter, as die teenparty self die oorsaak van die dwaling en gevolglik die *dissensus* was, behoort hy gebonde te wees en moet die *fidens* se vertroue beskerm te word.

Die vraag op welke *verwyt* die kontrakopwerper moet staatmaak om die kontrakontkenner gebonde te hou weens konstruktiewe *consensus*, is logies en noodwendig dieselfde vraag as welke *verwyt* die kontrakontkenner moet bewys om hom suksesvol op *justus error* en dus ongebondenheid te beroep.

By die *justus error*-leerstuk is dit voldoende dat die kontraktkenner aantoon dat sy eie gedrag *redelik* en *verskoonbaar* was. Van die teenkant beskou moet dus gesteun word daarop dat sy gedrag *onredelik* en *onverskoonbaar* was.

Is dit nie maar dieselfde toets as dié van die redelike persoon en dus vir nalatigheid (*culpa*) nie? Dit is die strydvraag, wat ek tot 'n mate by die bespreking van *justus error* hierbo aangeraak het.

Na my mening moet die argument op die regte grondslag geplaas word. Die debat, insoverre dit gaan oor die vraag of mens nou hier te doen het met *estoppel* dan wel 'n ander regsfiguur, en of dit gaan oor deliktuele aanspreeklikheid of nie, hou geen moontlikheid vir 'n korrekte oplossing in nie. Dit is maar dogmatiek wat in sy eie enge net vasgevang is.

Flume en, in ons land Lubbe, het die korrekte, fundamentele probleem gestel: wie moet die risiko vir die foutiewe wilsverklaring dra: die verklaarder of die teenparty? Dit lei tot die vraag: hoe is die vertrouensbeskerming van die teenparty met die selfbeskikking van die verklaarder te versoen? Wanneer moet die een beginsel dan wel die ander beginsel geld: nietigheid/aanvegbaarheid weens die gebrekkige selfbeskikkingshandeling, dan wel gebondenheid/verantwoordelikheid as deel van die verantwoordingskomponent van die sorgvuldigheidsplig? Lubbe verklaar:¹

"In situasies waar die outonomie van die party wat die regshandeling ontken die swaarste gewig dra, sou hierdie voorkeur verwesenlik kon word deur die vereistes vir 'n geslaagde beroep op estoppel te verskerp, byvoorbeeld deur die stel van 'n skuld- of streng nadeelvereiste. 'n Premie word sodoende geplaas op die belange van die party wat die bestaan van 'n regshandeling ontken sonder om beskerming van die estoppel-opwerper geheel en al te negeer.

¹ 1991 TSAR op 16.

Alleenlik indien daar sprake is van verwytbare gedrag aan die kant van die estoppel-ontkenner (en moontlik nadeel aan die kant van die teenparty) vind die belange van die vertrouende erkenning en sal die beroep op estoppel slaag. Hierteenoor staan situasies waar regsekerheid in die verkeer voorrang geniet. Aan so 'n beleidsvoorkeur kan uitdrukking gegee word deur die vereistes vir 'n geslaagde beroep op estoppel te verslap, byvoorbeeld deur weg te doen met die skuldvereiste of die nadeelsvereiste. 'n Beroep op estoppel sou in sulke gevalle meer geredelik slaag."

Die toepassing van die vertrouensbeginsel om kontraktuele gebondenheid daar te stel, vereis nie *skuld* aan die kant van die kontrakontkenner in die Nederlandse, Engelse en Amerikaanse reg nie en vereis nie skuld by die deliktuele aanspreeklikheid aan die kant van die kontrakaanvegter in die Duitse reg nie. Waarom sou dié vereiste dan in die Suid-Afrikaanse reg gestel word?

Dit wil my eerder voorkom asof mens 'n wye siening van die beginsel van vertrouensbeskerming, ten minste op die gebied van die kontraksluiting, moet neem. By kontraksluiting is die ideaal om die probleme wat mag ontstaan met 'n minimum van regs- en handelonsekerheid en vertraging so snel en kosteloos moontlik op te los. Hierdie ideaal word nie gedien as elke keer wanneer sodanige probleme ontstaan, die tydsame regsproses om vas te stel of die wilswanvoorsteller nalatig was of nie, deurloop moet word nie. Want wat skeel dit die vertrouende party of die wilswanvoorsteller nalatig was of nie? Wat hom betref, is 'n vertrouwe by hom gewek en is hy *ante omnia* geregtig daarop dat daardie vertrouwe sonder verdere koste en tydsverkwisting beskerm word.

En as dit dan aangevoer word dat dit mag voorkom dat albei die partye, die verwekker van die vertrouwe en die vertrouende *onskuldig* was, en dat dit onbillik is om die verwekker die nadeel te laat dra, dan is die teenvraag: waarom moet die vertrouende die nadeel dra? Dit is immers die verwekker van die vertrouwe wat sy sorgvuldigheidsplig versaak het.

In alle regstelsels word as vereiste gestel dat die vertrouende party, voor hy hom suksesvol op vertrouensbeskerming mag beroep, 'n redelike vertrouwe moes gekoester het. Dit is korrek. Die reg beskerm nie onredelike gedrag nie, of iemand wat nie ook sy sorgvuldigheidsplig nagekom het nie.

Ek meen dus dat *skuld*, in die eng sin van *culpa* soos ons dit in die konteks van deliktuele aanspreeklikheid verstaan, nie 'n vereiste behoort te wees by die toepassing van die vertrouensbeginsel by kontraksluiting nie, maar dat in die afwegingsproses 'n breëre verwytkriterium moet geld.

Ek doen aan die hand dat mens alleen helderheid oor die *skuld*vraag by dissensus kan verwerf as die verskillende gevalle gedissekteer word en die logika en algemene regsinsigte aangewend word. Ek begin so 'n ontleding deur die *justus error*-benadering as aanknopingspunt te neem en dan na die afsonderlike posisies van A (die kontrakontkenner) en B (die kontrakopwerper) in al die verskillende situasies te kyk. Mens kan die geval van die ondertekening van 'n skriftelike kontrak as voorbeeld neem. A teken dit sonder dat hy dit lees. Sonder om B se optrede in gedrang te bring, is A se optrede *justus*? Ek meen dat in die lig van die *caveat subscriptor*-uitgangspunt – 'n illustrasie van die sorgvuldigheidsplig wat op elke kontraktant rus – A se optrede nie *justus* is nie. Die vraag is: is dit nodig om die gedrag as *nalatig* aan te merk, of kan mens maar net volstaan deur te sê dit is nie vry van '*blame*' nie, of onregmatig of ander soortgelyke terme?

Daar is enersyds sterk gesag dat *skuld* in die vorm van *nalatigheid* die kriterium is. Juis ten aansien van die *fons et origo* van die *justus error*-leerstuk – die *condictio indebiti* – is die vereiste van *justus* aan afwesigheid van nalatigheid gelykgestel.¹ De Groot hou die verklaarder gebonde juis weens sy *negligens*.²

¹ D. 4.1.1 en 1; D. 4.6.1.6; Voet 4.1.26 en 29.

² *De Jure Belli ac Pacis*, bk 2, C. 11, afd. 6 nr 3.

Die toets van skuld in die vorm van nalatigheid – A moes nie nalatig opgetree het nie – is in verskeie beslissings gestel: *van Rensburg v Rice*;¹ *Logan v Beit*;² *Burger v Central South African Railways*;³ *Van Wyk v Otten*;⁴ *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd*;⁵ *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling*;⁶ *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker*⁷ en *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd*.⁸

Dit wil vir my op regs wetenskaplike gronde as argumenteerbaar voorkom dat, as slegs A se optrede sonder enige verwysing na B se optrede onder die loep is, die toets dié van *nalatigheid* behoort te wees. Nalatigheid is immers die verwyte wat 'n persoon tref omdat hy in die bepaalde omstandighede anders opgetree het as wat 'n redelike persoon dit sou gedoen het. As ons van 'n redelike persoon verwag om 'n kontraksdokument te lees voor hy dit onderteken, en hom verwyte as hy dit nie doen nie, waarom dan nie maar konsekwent wees en erken dat die toets een van nalatigheid is nie. Nalatigheid is ook 'n bekende regsbegrip en ons hoewe werk elke dag daarmee in 'n groot verskeidenheid van gevalle. Regsekerheid sal sekerlik nie gedien word as ander, vae en onomlynde begrippe soos '*blame*' die toetssteen word nie.

Maar miskien kan 'n mens nog in die geval waar slegs A se optrede *in vacuo* beskou word, prakties volstaan met minder akkurate begrippe soos *onredelikheid* of *ongeregverdigheid* of '*blame*'. Die skuldvraag word egter uiters relevant as mens ook B se optrede betrek. Soos reeds gesê, is die

¹ *Supra*.

² *Supra*.

³ (1894) 115 C 345.

⁴ *Supra*.

⁵ *Supra*.

⁶ *Supra*.

⁷ *Supra* veral op 53 B ev.

⁸ *Supra* veral op 387 G.

huidige regsposisie dat as A se optrede, *per se*, *justus* was, hoef B se optrede nie in ag geneem te word nie. Maar gestel A se optrede is *prima facie* *injustus*. Dit is nie die einde van die probleem nie, want nou moet gevra word na B se gedrag:

- (a) Is A se *error* deur 'n wanvoorstelling van B veroorsaak; of
- (b) Was B bewus van A se *error*, of moes hy daarvan bewus gewees het en dit nie verwyder het nie.

Die vraag is dus: word skuld en in die besonder nalatigheid aan B se kant vereis ten einde A se *error justus* te maak?

Ek neem eers die geval van wanvoorstelling deur B.

Die verwyte wat B weens 'n wanvoorstelling tref, is al bloot as '*fault*' aangemerkt.¹

Dit is egter uitdruklik ook gesê dat wat voor hande is, nalatigheid is.²

Maar daar is ook al – selfs deur die hoogste hof – gesê dat die toets slegs is of daar 'n wanvoorstelling '*whether innocent or fraudulent*' deur B was. Indien so, is A se *error justus*.³

¹ *Shepherd v Farrell's Estate Agency* 1921 TPD 62 op 66; *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker* 1987 (2) SA 49 (N) op 53 B ev.

² *Diedericks v Minister of Lands* *supra* op 57 D; *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* *supra* op 540 C-I; en by implikasie, weens die gebruik van die toets van die redelike man, *Nasionale Behuisingskommissie v Greyling* *supra* op 926 E ev.; en sien ook *Dlovo v Brian Porter Motors Ltd t/a Port Motors Newlands* *supra* op 527 (C).

³ *George v Fairmead (Pty) Ltd* *supra* op 471 C-D; *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* *supra* op 479 G-H; *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* *supra* op 316 I-J.

Ook is al gesê dat ‘*blameworthiness*’ aan B se kant “*does not depend on dolus or negligence – it is simply conduct which make the other party’s mistake reasonable.*”¹

Hoe moet ons teenoor dié beeld van *skuld* in bogemelde gevalle staan? Laat ons na die praktiese posisie kyk en die volgende gevalle onderskei:

- (i) A is, soos gesê, agtelosig. Sy *error* (bv. ondertekening van ‘n dokument sonder om te lees) is *injustus*. Maar sy *error* is veroorsaak deur ‘n *opsetlike*, bedrieglike wanvoorstelling deur B. Tereg, myns insiens, word beslis dat A aan kontraktuele gebondenheid ontsnap.
- (ii) B se wanvoorstelling is *nalatig*. Beide A en B is verwytbaar. Volgens die positiewe reg ontsnap A kontraktuele gebondenheid – myns insiens tereg, want die *causa causans* van die probleem is B se wanvoorstelling.
- (iii) B se wanvoorstelling is *onskuldig*. Volgens die positiewe reg – *George v Fairmead (Pty) Ltd, National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd, Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* – ontsnap A aan kontraktuele gebondenheid. Kan dit reg wees? A het immers *injustus* ‘n valse skyn, ‘n valse vertrouwe dus by B, wat *onskuldig* was, gewek. Waarom moet A aan gebondenheid ontkom?

Laasgemelde geval laat ‘n baie fundamentele vraag ontstaan: Is dit nie reg en billik dat A, hoewel agtelosig, tog nie gebonde gehou word nie, al is sy dwaling op onskuldige wyse deur B veroorsaak? Moet ‘n mens nie eenvoudig die knoop deurbak en sê dat, hoe A se *error* ook al deur B veroorsaak is, hy nie gebonde is nie?

Regverdiging vir so ‘n standpunt moet in die persepsies en waardes, wat die vertrouensteorie onderlê, gesoek word. Wat die reg – ook ons reg –

¹ *Diners Club SA (Pty) Ltd v Thorburn* 1990 (2) SA 870 (C) per Burger Wn R op 874 G.

klaarblyklik wil beskerm, is nie slegs B se vertroue nie, maar wel sy *geregverdigde vertroue*. Indien B se vertroue op A se wilsverklaring (die ondertekening van die dokument) deur sy, B, wanvoorstelling veroorsaak is, hoe onskuldig ook al, kan mens nog sê dat dit 'n geregverdigde en beskermingswaardige vertroue is? Is B se wanvoorstelling nie voldoende *verwyt* nie sonder dat die skuldvereiste gestel word?

Dit laat ons dan met die laaste geval, naamlik waar A se *error injustus* was, maar B daarvan bewus was en versuim het om A se dwaling uit die weg te ruim. Volgens ons positiewe reg is A nie gebonde nie. Speel *skuld* aan die kant van B 'n rol in hierdie verband?

Daar kan, en is, geen *verwyt* teen B as hy nie van A se *error* bewus was nie. A bly gebonde (tensy sy *error* om ander redes *per se justus* was). Voorwaarde vir 'n geslaagde beroep op *error* deur A is dus bewys dat B bewus was van sy dwaling en versuim het om dit te verwyder. Eenmaal as A hom van dié bewyslas gekwyt het, is dit moeilik om, as praktiese realiteit, in te sien hoe die skuldvraag met betrekking tot A se optrede 'n rol kan speel. B se versuim om willens en wetens 'n dwaling aan A se kant te verwyder, moet uit die aard van die saak of opsetlik of nalatig wees. Dit is moeilik om te sien hoe dit onskuldig kan wees.

Hieruit volg dan dat ook in hierdie gevalle skuld aan die kant van B of terwyl hy soos 'n redelike mens daarvan bewus moes gewees het nie bewys hoef te word nie. Bewys van kennis aan die kant van B van A se *error* of terwyl hy soos 'n redelike mens daarvan bewus moes gewees het en eersgenoemde se versuim om dit te verwyder, is voldoende om A vry te laat.

Vervolgens die vraag of die vertroue beskerm moet word al was daar, behalwe die feit dat 'n kontrak gesluit is, nog geen verdere handeling-op-die-vertroue nie – en dus geen verdere skade of nadeel nie (behalwe dan die geskonde verwagting dat die kontrak uitgevoer sal word)?

Ons positiewe reg het die vraag, in die konteks van *dissensus*, onomwonde in *Peri-Urban Areas Health Board v Breet, supra* beantwoord: die blote sluiting van die kontrak is voldoende nadeel om vertrouensbeskerming te regverdig.

- (a) In die Anglo-Amerikaanse reg speel *injurious of detrimental reliance* op twee tersake gebiede 'n belangrike rol. Eerstens vorm dit 'n belangrike onderdeel van die leerstuk van *consideration* en die ontstaan en ontwikkeling van *promissory estoppel*. In die VSA word vir aanspreeklikheid, onder laasgenoemde hoof, vereis dat die onderneming tot aksie van 'n definitiewe wesenlike aard aan die kant van die teenparty of 'n derde gelei het. Soms word selfs *irreparable detriment* vereis. Andersyds is daar ook 'n merkbare tendens om nie *reliance* te vereis nie, maar eenvoudig die belofte af te dwing as onreg daardeur vermy kan word.
- (b) In Engeland word weer, vir 'n geslaagde beroep op *promissory estoppel*, vereis dat die vertrouende wel op die belofte moes gehandel het. Dit blyk uit die *High Trees House*-beslissing.¹ Maar dit is nog glad nie duidelik welke graad en aard van handeling voldoende sal wees nie. Die beslissings spreek nie uit een mond nie. Die *Privy Council* het in *Emmanuel Ayodeji Ajayi v RT Briscoe (Nigeria) Ltd*² 'n verandering van standpuntposisie – en klaarblyklik 'n nadelige verandering – vereis. Maar Lord Denning het hierdie siening in *WJ Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co*³ verwerp. Die jongste standpunt skyn te wees dat die toets eenvoudig dié van *billikheid* is: soms mag 'n bepaalde verandering van die vertrouende se posisie daarop dui dat sy of haar vertoue beskerming verdien. Soms word geen sodanige verandering

¹ *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130.

² (1964) 3 All ER 556.

³ [1972] 2 QB 189; [1972] 2 All ER 127.

vereis nie. Dit is die effek van die Nieu-Seelandse beslissing in *P v P*¹ en van die beslissing in Goff R in *The Post Chaser*² waar hy verklaar:

"The fundamental principle is that stated by Lord Cairns LC, viz that the representor will not be allowed to enforce his rights 'where it would be inequitable having regard to the dealings which have thus taken place between the parties'. To establish such inequity, it is not necessary to show detriment; indeed, the representee may have benefited from the representation, and yet it may be inequitable, at least without reasonable notice, for the representor to enforce his legal rights ... But it does not follow that in every case in which the representee had acted, or failed to act, in reliance on the representation, it will be inequitable for the representor to enforce his rights for the nature of the action, or inaction, may be insufficient to give rise to the equity, ..."

- (c) In die Nederlandse reg, soos hierbo aangetoon, is die vraag of die vertroue slegs beskermingswaardig is as daarop gehandel is, erg omstrede. Tans skyn die posisie, na die beslissing in *Ouwens v Van Hussen en Brok*, te wees dat geen nadelige handeling vereis word nie. In die nuwe *BW* word *inter partes* geen nadelige handeling vereis nie. Beroep 'n derde, nie-kontrakparty, hom of haar op 'n gewekte skyn, word 'n handeling, maar geen bewys van nadeel vereis.

¹ [1957] NZLR 854.

² [1982] 1 All ER 19 op 26. Vgl. ook Cheshire, Fifoot en Furmston, 2001 op 106-108.

- (d) Onder die Nederlandse skrywers is daar egter diegene wat vir vertrouensbeskerming wel deeglik 'n nadelige handeling aan die kant van die vertrouër verlang. Vir Nieskens-Isphording is nie vertroue nie, maar *handel op grond van vertroue* die regverdiging vir vermoënsverskuiwing. Nieuwenhuis meen dat regsekerheid en regverdigheid hier in verskillende rigtings dui. Regsekerheid eis gebondenheid aan die verwekte vertroue sonder verdere bewys van skade, kousale verband ens. Die regverdigheid soek egter ewewig. Het die *fidens* op die vertroue gehandel wat sal meebring dat as die vertroue nie gehandhaaf word nie, hy of sy skade sal ly? Indien wel, moet die vertroue beskerm word, indien nie, hoef dit nie te gebeur nie. Van Erp vereis, as een van sy sewe afwegingsfaktore vir gebondenheid, die nadeel wat die vertrouende gely het of die voordeel wat laat vaar is as gevolg van die ontstane verwagtings of die gewekte vertroue. Ook Smits vereis, in die konteks van die vereiste van standaard of geïntitutionaliseerde wederkerigheid, oorweging van voor- en nadeel.
- (e) In die Duitse reg kom die skade- of nadeelvereiste ietwat anders ter sprake. By *Erklärungs-* en *Inhaltsirrtum* kan die dwalende die verklaring en dus die vertroue van die teenparty vernietig, maar dan gelede skade, ooreenkomstig paragraaf 122 *BGB* vergoed. Die vertrouende se negatiewe *interesse* moet vergoed word, maar dit sluit, benewens verkwiste koste en uitgawes, ook verlore wins in.

Die bespreking van buitelandse regstelsels hierbo, toon dus dat daar onsekerheid en meningsverskil oor die vraag tans onder bespreking bestaan.

Sonder om aan te voer dat die beslissing in *Peri-Urban v Breet* verkeerd was, meen ek tog dat die laaste woord oor die aangeleentheid tans onder bespreking nog nie in ons reg gesprek is nie.

Ek meen nie dat mens onwrikbaar in alle gevalle kan sê dat billikheid en regverdigheid gedien word as blote kontraksluiting en geen verdere handeling of nadeel voldoende is nie. Die moderne tendens in die VSA is om genuanseerd na die probleem te kyk. Die uiteindelijke vraag is een van billikheid. Die jongste kriterium in Engeland en Nieu-Seeland skyn ook dié van billikheid te wees. Niewenhuis in Nederland meen dat *regverdigheid* die toetssteen is.

Die benaderings so pas genoem, is na my mening korrek. Dit beteken dat die oorwegings van voor- en nadeel en die billikhede inherent aan die betrokke situasie die deurslag moet gee.

Samevattend kan dus gesê word: In ons reg, soos in die ander hierin-ondersoekte regstelsels (behalwe die Franse reg waar die wilsleer geld, en die Duitse reg waar vertrouensbeskerming die vorm van deliktuele aanspreeklikheid aanneem) is beskerming van die redelike vertrouwe wel 'n aanvullende ratio van kontraktuele gebondenheid. Die grondslag daarvoor is dat een van die partye, deur 'n verbreking van sy of haar *sorgvuldigheidsplig*, 'n valse skyn van sy of haar toestemming tot die ontstaan of betekenis of omvang en inhoud van die ooreenkoms by die ander party verwek het.

SAMEVATTEND

1. In die klassieke en na-klassieke Romeinse reg was nie alle *pacta* regtens afdwingbaar nie, hoewel die kategorie van bindende *pacta* geleidelik uitgebrei is. Hoe dit ook al sy, ten minste in die laat- en na-klassieke tyd word erken dat alle ooreenkomste hul krag uit *consensus* put. Konsekwent hiermee leer die tekste dat *dissensus* nietigheid meebring omdat daar juis nie *consensus* bestaan nie. Dit is die posisie by *error in corpore*, *in negotio*, *in pretio* en *in persona*. *Error in materia* was as irrelevant ge-ag; *error in substantia* is aan *error in corpore* gelykgestel.
2. Vanaf die tyd van die Romeinse reg tot ongeveer die agtiende eeu verbreed die terrein van die regtens afdwingbare *pacta* sodat uiteindelik gesê kan word dat elke *pactum* afdwingbaar is. Die siening dat *consensus* die *ratio* vir kontraktuele gebondenheid is, word gemeengoed. Die kanonieke reg, die *jus mercatoria* en die invloed van die inheemse Germaanse stelsels is van die belangrikste onderliggende faktore; so ook die invloed van die moraalteoloë. Gemelde opvatting tref mens aan by die Romeins-Hollandse juriste van die sestiende tot die agtiende eeu, die Franse Nederlanders, en die Duitsers van vóór die kodifikasies.

Konsekwent hiermee word geleer dat *dissensus* nietigheid meebring. Die eerste afwykings van hierdie beginsel tref ons aan in die Nederlande by Hugo de Groot, Cos, Brouwer en die Hollandse howe, en in Duitsland by Nikolaus Gundling, wat dit wat later die vertrouensleer genoem sou word, toepas. Hy wat die *error* op skuldige (d.w.s. nalatige) wyse veroorsaak het, is gebonde. Vir Hugo de Groot gee dit aanleiding tot 'n *obligatio ex delicto* (om die onskuldige se skade te vergoed) vir Cos, Brouwer, die Hollandse howe en Gundling gee dit aanleiding tot kontraktuele gebondenheid: die onskuldige se vertroue in die bestaan van die kontrak volgens sy of haar siening, word gehandhaaf.

3. In die Franse reg geld die *consensus* uitgangspunt baie sterk en wel kragtens arts. 1101, 1108 en 1134. Hieruit volg dat *dissensus* tot nietigheid lei (*erreur obstacle*) en, in geval van *erreur sur la substance* tot vernietigbaarheid op aandrang van dié party wie se *erreur justus* was. In geval van *erreur sur la substance* gaan dit egter nie om *dissensus* nie.
4. In die Nederlandse reg geld die *consensus*-beginsel kragtens art. 1356 BW en boek 3, art. 33 NBW. Maar in gevalle van *dissensus* geld die vertrouensleer. Dit was reeds so geskep deur die Nederlandse skrywers en hoewel voor die aanvaarding van die NBW, maar word nou bevestig in boek 3, art. 35 NBW. Die *kontrak* word gehandhaaf soos verstaan deur die geadresseerde. Skuld aan die kant van die ander party word nie vereis nie; nóg word 'n handeling of nadeel aan die kant van die kontrakopwerper vereis.
5. In die *Duitse reg* geld die *consensus*-uitgangspunt. Die *dissensus*-probleem word fragmentaries en onbevredigend in die BGB behandel. Die volgende gevalle word gereël. (i) *Erklärungsirrtum* (par. 119 (1) BGB) waar die persoon wat 'n verklaring aflê, oor die inhoud daarvan gedwaal het, of 'n verklaring met daardie inhoud nie wou aflê nie. Hy kan die verklaring aanveg (d.w.s. aan kontraktuele gebondenheid ontsnap) maar is dan uit hoofde van paragraaf 122 BGB verplig om die "onskuldige" se skade volgens laasgenoemde se negatiewe intresse te vergoed. Skuld aan die kant van die aanvegtende party word nie vereis nie. (ii) By *Inhaltsirrtum* stem die uiterlike beeld van die wilsverklaring met die bedoeling van die verklaarder ooreen, maar die interpretasie wat aan die verklaring deur die partye gegee word, verskil. Die verklaring kan vernietig kan word, onderhewig aan die skadevergoedingsplig volgens paragraaf 122 BGB. (iii) *Versteckter Dissens* dek die gevalle waar die partye 'n onvolledige ooreenkoms gesluit het, denkende dat dit wel volledig was of waar die partye aan verskillende sake of pryse gedink het en onder daardie waan

gekontrakteer het, hoewel hulle dit nie eens is nie. Die gevolg is dat die kontrak gladnie tot stand kom nie, maar slegs as dit vasstaan dat die partye nie die ooreenkoms, soos dit sonder die nodige *consensus*, steeds sou aangegaan het (Par. 155 BGB).

6. Volgens die Engelse reg is *consensus* tesame met *consideration* (waar dit vereis word) die peilers waarop 'n kontrak berus. In geval van *dissensus* geld die objektiewe benadering, dit wil sê die hof bepaal (as redelike beoordelaar) wat die objektiewe betekenis van die wilsverklaringe is. Dit word gedoen aan die hand van die reël in *Smith v Hughes* (oftewel die *Blackburn*-beginsel) dat '*If whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms*'. Die beginsel is dié van *estoppel*. Skuld word nie aan die kant van die kontrakontkenner vereis nie, maar as die kontrakopwerper bewus was van die *dissensus*, kan hy nie die ontkenner gebonde hou nie.

Die wils-vertrouensbeginsel geld dus. Indien volgens hierdie meganisme van vertrouensbeskerming, geen kontrak gekonstrueer kan word nie, is die kontrak nietig weens 'n gebrek aan *consensus*.

In die Suid-Afrikaanse reg geld 'n samegestelde uitgangspunt, net soos in die Engelse en Nederlandse reg, te wete die wils-vertrouensleer. As uitgangspunt gee *consensus* die deurslag maar waar *dissensus* bestaan kan, onder bepaalde omstandighede, die vertroue van die een party beskerm word deur (a) die *justus error*-leerstuk of (b) die leerstuk van konstruktiewe *consensus* toe te pas. Die *justus error*-benadering gaan uit van die standpunt dat daar, in weerwil van wesenlike *dissensus*, 'n geldige kontrak tussen die partye tot stand kom, maar weens die een party se *error* wat die *dissensus* veroorsaak het, aangeveg kan word. As dié persoon kan bewys dat sy *error* redelik of *bona fide* of *justus* was, word hy toegelaat om uit die kontrak te tree

en moet wedersydse *restitutio in integrum* plaasvind. Was sy *error* nie *justus* nie, bly hy aan die 'kontrak', soos dit deur die teenparty verstaan is, gebonde. In die geval van konstruktiewe *consensus* kom 'n kontrak, in weerwil van *dissensus*, volgens die redelike vertroue van die kontrakopwerper tot stand. Die onderliggende beginsel volgens die howe is die van *estoppel* of te wel die *dictum* van Blackburn R in *Smith v Hughes*.

~~~ o0o ~~~

## HOOFSTUK 4

### DIE UITLEG VAN KONTRAKTE

Daar is 'n paar belangrike inleidende opmerkings wat in hierdie afdeling van pas is.

**Eerstens**, soos reeds aangedui, bestaan daar 'n diep kloof tussen daardie regstelsels wat uitleg toepas op 'n *kontrak* (soos by die Engelse reg) en dié wat uitleg toepas op die voorafgaande *wilsverklarings* (bv. die Duitse en Nederlandse reg).

**Tweedens**, die uitlegprobleem kom in die algemeen slegs by geskrewe wilsverklarings of geskrewe kontrakte voor, soos reeds hierbo verduidelik. Dit is ook die benaderingswyse in die Europese regstelsels<sup>1</sup> en in die Engelse reg.<sup>2</sup>

**Derdens**, by uitleg gaan dit oor die vasstelling van die betekenis van woorde of uitdrukkings in die geskrewe kontrak of wilsverklaring. 'n Heel ander proses is waar daar sogenaamde leemtes in die kontrak of wilsverklaringe oor 'n bepaalde aspek is, dit wil sê die partye het óf glad nie daaroor ooreengekom nie, óf wel mondelings, maar dit nie korrek in die skriftelike stuk beliggaam nie. In eersgenoemde geval het ons met aanvulling te doen. In laasgenoemde geval kan een van die partye, in geval van 'n dispuut, om rektifikasie vra. By rektifikasie gaan dit om 'n blote feitelike dispuut, wat op basis van die bewyslas en geloofwaardigheids-bevindinge beslis word. Die aangeleentheid val buite die bestek van hierdie ondersoek.

---

<sup>1</sup> Sien veral die voortreflike werk van M.W. Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid in het Europese Privaatrecht* doktorskrif Utrecht 1999 Kluwer 1999 op 139-140.

<sup>2</sup> Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* Butterworth London 14e uitgawe 2001 op 134.



**Vierdens.** Daar is reeds vir baie dekades twee basiese teenoorgestelde uitgangspunte by uitleg, hetsy van kontrakte of van wilsverklarings: die subjektiewe, histories-psigologiese metode of die objektiewe oftewel normatiewe metode. Eersgenoemde is opsigtelik op die wilsleer gevestig. Soos hieronder aangetoon sal word, geld die metode nog maar slegs van die lande hierin ondersoek in Frankryk. Die vrae wat ons aandag trek, in die konteks van hierdie ondersoek, is: wat presies is die objektiewe, normatiewe metode *en veral*, wat is die beginsel of beginsels onderliggend daaraan.

In die lig van die voorgaande, word veral die laaste vrae met betrekking tot die regstelsels hierin ondersoek. Die detail van al die ingewikkeldhede, uitsonderinge en kwalifikasies met betrekking tot die uitlegmetode en elke land val dus buite die bestek van ons ondersoek; die taak is een van die verkenning van die onderliggende beginsels.

## **DIE SUBJEKTIEWE METODE**

In Wes-Europa geld hierdie metode (tradisioneel) in die Franse reg uit hoofde van die bepalings van artikels 1362 Cc en 1156 Cc.

### **Die Franse reg**

Dat die wil van die partye by die uitleg van 'n ooreenkoms volgens die Franse reg die vertrekpunt is, blyk nie alleen uit die reeds-aangehaalde artikels 1101, 1108 en 1134 lid 2 nie, maar word spesifiek bevestig in artikel 1156, wat bepaal dat die gemeenskaplike bedoeling van die partye in ooreenkomste gesoek moet word eerder as dat met die letterlike betekenis volstaan word. Dit was 'n bekende beginsel van die *ius commune*. Murad Ferid<sup>1</sup> toon tereg aan dat die Franse uitlegmetode byna volkome subjektief (histories-psigologies) is en dat objektiewe elemente (die normatiewe metode) 'n mindere rol speel.

---

<sup>1</sup> *Das Französische Zivilrech* 1971 op 263.

Juis om hierdie rede ken die Franse reg dan ook nie die *parol evidence*-reël in kommersiële transaksies nie.<sup>1</sup> Dit is 'n fundamentele verskil tussen die *common law*- en die *civil law*-stelsels.<sup>2</sup>

Maar waar die lyn in die Franse reg tussen die ontvanklikheid en rol van die subjektiewe bedoeling en objektiewe interpretasie getrek word, is allermens duidelik. Al wat mens kan sê is dat die subjektiewe bedoelings meestal die deurslag gee maar soms nie. Die rede vir hierdie vaagheid is te vinde in die beginsel dat die uitleg van 'n kontrak 'n feitevraag en nie 'n regspraak is nie. 'n Uitleg-beslissing is dus nie vatbaar vir appél na die *Cour de cassation* nie. Daar is dus nie 'n bindende interpretasie-leer nie en die uitsprake van die laerhoeve verskaf weinig insig vir die regsdenke rondom interpretasie. Nicholas<sup>3</sup> merk ietwat sardonies op:

*"It is in consequence difficult to go beyond generalities in assessing the attitudes of the courts. For although the judgements of the lower courts are less starkly laconic than those of the Cour de cassation, they nevertheless rarely throw much light on the processes by which the judges arrive at their interpretation."*

Die enigste en rare geval waar die *Cour de cassation* bevoeg is om 'n appél teen 'n uitlegbeslissing aan te hoor, is waar die omstrede beding helder en

---

<sup>1</sup> Artikel 109 van die Kommersiële Kode.

<sup>2</sup> B Nicholas *The French Law of Contract* Clarendon Press Oxford 1992 op 48 verklaar: *"From the point of view of the Common lawyer the most noticeable feature of the French approach to the interpretation of contracts is its greater subjectivity. We shall find that where the Common law, in the interests of commercial convenience and the security of transactions, looks to the external appearance of consent, French law, influenced no doubt by the doctrine of the autonomy of the will and more concerned for justice in the individual case than for commercial expediency, often takes account of the true state of mind of one of the parties."*

<sup>3</sup> Nicholas *The French Law* 1992 op 47.



duidelik (*claire et précise*) is en die uitleg só verregaande was, dat dit die beding van sy aard ontnem (*denature*) het.<sup>1</sup>

Wat die spesifieke uitlegreëls betref, is daar nege artikels<sup>2</sup> wat algemene en in die *ius commune* bekende beginsels<sup>3</sup> weergee: in geval van dubbelsinnigheid geld die uitleg wat in effektiwiteit eerder as in die teendeel, resulteer;<sup>4</sup> uitleg moet geskied ooreenkomstig die doel van die kontrak;<sup>5</sup> dubbelsinnige bepalings word uitgelê volgens die gebruike van die betrokke streek;<sup>6</sup> gebruiklike bedinge word ingelees;<sup>7</sup> alle bedinge word uitgelê met verwysing na alle ander bedinge deur aan elkeen die betekenis te gee wat uit die geheel van die kontrak blyk;<sup>8</sup> ooreenkomste word *contra stipulatorem* uitgelê;<sup>9</sup> algemene bedinge word beperk tot aangeleenthede waarvoor die partye wou kontrakteer;<sup>10</sup> uitleg geld slegs vir die kontrak voorhande en skep nie 'n algemene reël nie.<sup>11</sup>

Die genoemde reëls is egter nie die enigste wat 'n hof mag toepas nie. Sedert 1880 is beslis dat hierdie reëls slegs aanwysend is en dat die hof

---

<sup>1</sup> Nicholas *The French Law* 1992 op 49; Murad Ferid *Das Französische Civilrecht* 1971 op 265 wat redeneer dat 'n objektiewe maatstaf geld om te bepaal of 'n klousule dubbelsinnig is of nie.

<sup>2</sup> 1156 tot en met 1164.

<sup>3</sup> Sien Robert R. Köhlewein *The Interpretation of Contracts in Modern European Law* (1939) 13 *Tulane Law Review* op 592 op 593.

<sup>4</sup> Artikel 1157.

<sup>5</sup> Artikel 1158.

<sup>6</sup> Artikel 1159.

<sup>7</sup> Artikel 1160.

<sup>8</sup> Artikel 1161.

<sup>9</sup> Artikel 1162.

<sup>10</sup> Artikel 1163.

<sup>11</sup> Artikel 1164.

ander metodes mag toepas, onder andere om die omringende omstandighede in ag te neem.<sup>1</sup>

Volgens Hesselink<sup>2</sup> berus die subjektiewe uitlegmetode op 'n wankelrige fondament: die fiksie van die wilsleer. Daarbenewens, sê hy, is die praktiese nut daarvan baie beperk: juis waar partye in geding is oor die betekenis van 'n beding, is dit onwaarskynlik dat aangetoon sal kan word dat elkeen van hulle by die kontraksluiting 'n ander bedoeling gehad het as dié een wat vir hom die gunstigste is.

Nogtans word die subjektiewe uitlegmetode nog steeds in Frankryk gevolg. Hesselink<sup>3</sup> verwys na die bekende skrywer Carbonnier<sup>4</sup> wat verklaar: *L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté.*

Maar wat van artikels 1134 lid 3 en 1135 van die Cc wat voorskryf dat die inhoud van 'n ooreenkoms ook deur die goeie trou en die reg, gewoonte en billikheid bepaal word? Hou dit nie juis objektiewe elemente in nie?

Die Franse reg sê: *nee*. Goeie trou beteken slegs: trou aan die gegewe woord; terwyl die gevolge van regsweë, gewoonte en billikheid slegs deur die regter in ag geneem mag word wanneer dit met die implisiete en gemeenskaplike wil van die partye versoenbaar is.

Maar daar het in die twintigste eeu 'n koor van Franse regsgeleerdes teen die subjektiewe uitlegmetode opgegaan. Hierdie skrywers wys op die fiktiewe aard van 'n metode om 'n gemeenskaplike bedoeling te vind waar beide partye juis die bestaan daarvan betwis. Hulle beroep hul ook op artikels 1134 lid 3. (*bonne foi*) en 1135 Cc (*équité*) om 'n objektiewe benadering te steun.

---

<sup>1</sup> Kühlewein *The Interpretation* 1939 op 593-594.

<sup>2</sup> *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 144-145.

<sup>3</sup> *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 144.

<sup>4</sup> *Droit Civil* Deel IV *Les Obligations* 17e uitgawe Parys 1993 par. 142.



Dit kan egter nie gesê word dat die Franse reg die subjektiewe uitgangspunt verlaat het of gou sal verlaat nie.<sup>1</sup>

## DIE OBJEKTIEWE UITLEGMETODE

Volgens Hesselink<sup>2</sup> is die objektiewe uitlegmetode in die meeste regstelsels in Europa die aanvaarde een. Dit is, in die algemeen, gebaseer op redelikheid en billikheid. Die verskil tussen die onderskeie regstelsels lê in die mate van *objektiwiteit*.

### Nederland

Artikel 1378 van die ou BW het bepalings ten aansien van die uitleg van ooreenkomste bevat. Die nuwe BW bevat geen sodanige bepalings nie. Volgens die moderne opvatting word uitlegvrae (en filosofieë) aan die regspraak en regswetenskap oorgelaat.<sup>3</sup>

Asser-Hartkamp<sup>4</sup> toon aan dat daar ook in die Nederlandse regsliteratuur meningsverskil oor die aard en doel van uitleg bestaan. Sommige skrywers beskou uitleg van 'n ooreenkoms as die opspoor van die gemeenskaplike bedoeling van die partye, maar Asser-Hartkamp verwerp dit as 'n konsekwente toepassing van die wilsleer, waarvan daar geen sprake meer kan wees nie.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 145-146 hieroor.

<sup>2</sup> 1999 op 146.

<sup>3</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 274.

<sup>4</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 254-275. Hul eie siening is dat die subjektiewe metode geheel en al verwerp moet word. Die uitleg van ooreenkomste behels "... het vaststellen van die betekenis die in verband met die omstandigheden van het concrete moet worden gehecht aan de verklaringen, door twee of meer personen aan elkgeval afgelegd met het oogmerk een overeenkomst aan te gaan, en daardoor het vaststellen aan de door die verklaringen in het leven geroepen rechtsgevolgen."

<sup>5</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 275.

Net soos die Franse subjektiewe uitlegmetode terug te voer is na die subjektiewe benadering tot die grondslag van kontraktuele gebondenheid (*consensus*), so volg die Nederlandse uitlegmetode die siening wat in die Nederlandse reg heers ten aansien van die grondslag van kontraktuele gebondenheid: die wils-vertrouensleer. Dieselfde norme beheers dus, enersyds, die vraag of 'n ooreenkoms tot stand gekom het en andersyds die uitlegvraag.

Die totstandkoming van 'n kontrak volgens die Nederlandse reg berus op 'n dubbele grondslag: Die normale metode waardeur 'n regshandeling tot stand kom, is dat iemand, wat 'n bepaalde regsgevolg beoog, 'n verklaring wat sy wil korrek weergee, aflê. Die basis van gebondenheid is dan die *wil*, en word erken en beheers deur artikel 3.33 van die nuwe BW. Daarenteen is die *abnormale* gevalle wanneer die verklaarder nie die bepaalde regsgevolge beoog het nie, maar diegene aan wie die verklaring gerig was, daarop *vertrou* het, en redelikerwys geregtig was om aldus te vertrou, dat die verklaring met die werklike wil van die verklaarder ooreenstem. In so 'n geval word die vertroue van die geadresseerde deur artikel 3.35 BW saamgelees met art. 3.33 beskerm.

Artikel 3.33 lees soos volg:

*“Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.”*

Artikel 3.35:

*“Tegen hom die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hom gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.”*



In die Parlementêre Geschiedenis<sup>1</sup> word gesê dat met hierdie twee artikels 'n geheelbeeld van kontraktuele gebondenheid geskep is waardeur *wil*, *verklaring* en *vertroue* versoen word.<sup>2</sup>

Die wils-vertrouensleer is die tans geldende kontrakteorie in die Nederlande en word sowel deur die regspraak as vooraanstaande skrywers gesteun.<sup>3</sup> Dus: wanneer wil en verklaring ooreenstem, geld artikel 3.33 BW en vir die geldigheid van die verklaring is die vertroue van die teenparty nie relevant nie. Slegs as wil en verklaring uiteenlopend is, gee die vertroue van die geadresseerde die deurslag.<sup>4</sup>

Reeds voor die inwerkingtreding van die nuwe BW, het die Hoge Raad in 'n sleutelbeslissing, bekend as die *Haviltex*-appèl, die vertrouensleer by die uitleg van kontrakte toegepas en tot norm verklaar. Die feite was dat twee persone, Langenwerf en Ermes, in Februarie 1976 by wyse van 'n skriftelike kontrak 'n apparaat vir die sny van steekskuim wat in die blommebedryf gebruik word, aan Haviltex BV verkoop het. Dit was voorts bepaal dat Haviltex voor die einde van 1976 die apparaat kon teruggee, in welke geval 'n verrekening sou plaasvind. Haviltex het die reg uitgeoefen, maar die verkopers betwis Haviltex se aanspraak, hoofsaaklik op grond van wat hulle sê die korrekte interpretasie van die ooreenkoms is. Hul siening word deur die Hoge Raad verwerp.<sup>5</sup>

Vir ons doeleindes is die metode wat die Hoge Raad volg, van belang. Die Hoge Raad verwerp die benadering dat die kwessie van uitleg alleen maar op

---

<sup>1</sup> Parlementêre Geschiedenis, Boek 3 op 16.

<sup>2</sup> "Het is ermee als met het biljartspel. Men heeft drie ballen en een keu. Daarmee kan men op alle mogelijke manieren stoten, maar het blijft een spel met drie ballen en een keu." – bl. 169.

<sup>3</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 98-99; Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 150.

<sup>4</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 150-151.

<sup>5</sup> Die saak is in HR 13 Maart 1981 NJ 1981 635 en in *Ars Aequi* 1981:355 gerapporteer.

grond van 'n suiwer taalkundige uitleg van die bepalings van die kontrak uitgemaak kan word, maar:

*“Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. (partye) in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.”*

Die Haviltex-formule is tans die heersende een in die kader van uitleg van kontrakte in die Nederlandse reg.<sup>1</sup>

Tog is daar meningsverskil onder juriste oor die teoretiese grondslag van dié uitspraak. Asser-Hartkamp<sup>2</sup> meen dat dit op redelikheid en billikheid gebaseer is. Hesselink<sup>3</sup> daarenteen is van mening dat die Haviltex-formule op die vertrouensleer gebaseer is. Hy meen dat, anders as in Duitsland, die vertrouensleer teenoor redelikheid en billikheid onderskei word. Die vertrouensleer in die Nederlande is nie *net* op redelikheid en billikheid gebaseer nie. Om die vertrouensleer toe te pas, is ook ander norme behalwe redelikheid en billikheid relevant. Hy meen dat redelikheid en billikheid wel by uitleg 'n rol speel, maar dit is nie duidelik wat die rol is nie.<sup>4</sup>

Samevattend: Die uitleg van kontrakte word volgens die Nederlandse positiewe reg deur die vertrouensleer beheers. Redelikheid en billikheid speel in die proses 'n rol, maar volgens Haviltex is die vertrouensleer die basis van uitleg.

---

<sup>1</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 152 met verwysing na die Nederlandse regspraak.

<sup>2</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 274 ev.

<sup>3</sup> *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 153.

<sup>4</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 153.



## Die Duitse Reg

Die Duitse uitlegbepalings te wete paragraawe 133 en 157 van die BGB, kom voor in die algemene afdeling wat met die regshandeling (*Rechtsgeschäft*) te doen het, dit wil sê 'n handeling wat daarop gerig is om 'n bepaalde regsgevolg te weeg te bring.<sup>1</sup> Dit slaan dus op alle wilsverklarings en ooreenkomste, en beide artikels is daarop van toepassing, en moet in samehang aangewend word.

Par. 133 BGB lees soos volg:

*“Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.”*

Par. 157:

*“Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”*

In die Duitse regspraak en literatuur word onderskei tussen gerigte wilsverklarings (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*) en ongerigte regshandelinge (*nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen*). Laasgenoemde kom voor, onder andere, by 'n testament, waar die wilsuitlatinge van die testateur nie aan 'n bepaalde persoon gerig is nie. Hier is nie sprake van vertrouensbeskerming nie en kan gesê word dat die bepalinge van paragraaf 133 BGB in hierdie gevalle meer toepaslik is. Dié uitlegmetode wat dan gevolg word, word *natürliche Auslegung* genoem, aldus Hesselink.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 146.

<sup>2</sup> *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 147.

Daarenteen, 'n gerigte wilsverklaring word, soos die naam aandui, gewoonlik aan minstens een persoon gerig met die doel om hom tot optrede te motiveer. Volgens Hesselink<sup>1</sup> is *vertrouensbeskerming* dus hier deurslaggewend. Om dit te bewerkstellig, word *normative Auslegung* toegepas. Dit behels dat die betekenis van so 'n wilsverklaring vasgestel word deur hoe die geadresseerde dit kon en inderdaad opgevat het: "*Waar het om gaat, is wat de geadresseerde als de wil van de verklarende mocht beschouwen.*"<sup>2</sup> Die verklaring geld soos wat die geadresseerde dit volgens die goeie *trou* (*nach Treu und Glauben*) en volgens die *mores* van die gemeenskap (*nach der Verkehrssitte*) mag verstaan het. Ten grondslag hiervan lê die beginsel van vertrouensbeskerming (*Gedanken des Vertrauensschutzes*).<sup>3</sup>

Slegs 'n geregverdigde vertroue aan die kant van die geadresseerde word beskerm. Hieruit volg dat hy ook van sy kant moeite moet doen om vas te stel wat die verklaarder met die verklaring bedoel.

Ten slotte meen Hesselink<sup>4</sup> dat die regverdiging vir die vertroue van die geadresseerde geleë is in die verantwoordelikheid van die verklaarder vir sy verklaring. Ek meen dat mens die stelling kan omkeer: die verantwoordelikheid van die verklaarder spruit voort uit die behoefte om die vertroue van die geadresseerde te beskerm. Dat daar 'n innige samehang tussen die vertrouensbeskerming van die een en die verklaringsverantwoordelikheid van die ander is, is egter nie te betwyfel nie.

## DIE ENGELSE REG

Daar bestaan geen wettereregtelike uitlegreëling in die Engelse reg nie. Dit is bekend dat die Engelse reg, hoewel soms op 'n losse manier gesê word dat

---

<sup>1</sup> De Redelijkheid en Billijkheid 1999 op 147.

<sup>2</sup> Hesselink De Redelijkheid en Billijkheid 1999 op 147 met 'n beroep op gevestigde Duitse regspraak.

<sup>3</sup> Sien in die algemeen Hesselink De Redelijkheid en Billijkheid 1999 op 147-148.

<sup>4</sup> De Redelijkheid en Billijkheid 1999 op 148.



gesoek word na die bedoeling van die partye by die kontraksluiting, 'n streng objektiewe benaderingswyse tot die uitleg van skriftelike kontrakte volg. Die verskillende hooftemas word hieronder toegelig.

### **Die *parol evidence rule***

Die eerste beginsel om in ag te neem is dat daar in die Engelse reg die reël bestaan dat as die partye hul ooreenkoms op skrif gestel het en bedoel het dat dit die enigste memorandum van hul ooreenkoms sal wees, geen ekstrinsieke getuienis buite die dokument toelaatbaar is om aan die skriftelike dokument afbreuk te doen of om dit te ontsenu of daaraan te verander nie.<sup>1</sup> Hierdie reël is afkomstig uit die oud-Engelse reg. Die *ratio* daarvoor is te vinde in die vrees dat die subjektiewe, histories-psigologiese benadering aanleiding kan gee tot oneindige dispute, bedrog, regs- en handelsonsekerheid en verlies aan vertroue in die waarde van kontraksluiting. Dit spruit ook voort uit die oud-Engelse respek vir die formele en skriftelike regshandeling en die algemene onder-evaluasie van die wilselement.

In die oud-Engelse saak *The Countess of Rutland's case*<sup>2</sup> word dié reël soos volg geregverdig:

*"... it would inconvenient, that matters in writing made by advice and on consideration, and which finally import the certain truth of the agreement of the parties should be controlled by averment of the parties to be proved by the uncertain testimony of slippery memory."*

Die klassieke formulering van die reël is dié in *Goss v Nugent*<sup>1</sup> deur Lord Denman te wete:

---

<sup>1</sup> Sien o.a. *Jacobs v Batavia and General Plantations Trust Ltd* [1924] 1 Ch. 287; *Adams v British Airways Plc* [1995] IRLR 577 op 583; Beatson, *Anson's Law of Contract* 28<sup>th</sup> 2002 op 132-133. K Lewison *The Interpretation of Contracts* London, 1989 op 34 en gewysdes daar aangehaal; *Cross and Tapper on Evidence* 8<sup>th</sup> ed. 1995 op 765-774.

<sup>2</sup> 5 Co Rep 25 (b); 75 ER 90.

*"By the general rules of the common law, if there be a contract which has been reduced in writing, verbal evidence is not allowed to be given of what passed between the parties either before the written instrument was made, or during the time that it was in a state of preparation, so as to add to or subtract from, or in any manner to vary or qualify the written contract; ..."*

Die betrokke reël het verskeie ingewikkelde en subtiële uitsonderings en kwalifikasies, wat almal hul oorsprong in die Engelse kontrakreg het. Thayer, in sy werk, *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*<sup>2</sup> het van die reël gesê:

*"Few things are darker than this, or fuller of subtle difficulties."*<sup>3</sup>

In 1976 het die Engelse Law Commission wel aanbeveel dat die reël afgeskaf word, maar in 1986 het dieselfde Kommissie bevind dat die reël aan soveel uitsonderinge en kwalifikasies onderhewig is, dat dit gevra kan word of die reël nie homself vernietig het nie. Die Kommissie bevind egter dat die reël (wat volgens die Kommissie nie 'n reël is nie) nie billikheid en geregtigheid in die weg staan nie. As een van die partye beweer dat die skriftelike kontrak nie die volle kontrak is nie, dat dit nooit as sodanig bedoel was nie, dat dit dus nie die gemeenskaplike bedoeling was om getuienis van alle ander afsprake uit te sluit nie en dat daar 'n verdere ooreenkoms of ooreenkomste tussen die

---

<sup>1</sup> 5 B & Ad 64.

<sup>2</sup> 1898 op 390.

<sup>3</sup> Beatson Anson's *Law of Contract* 2002 op 132 noem dat die reël vol uitsonderinge is: *"Extrinsic evidence is thus admissible to prove the aim of the transaction, to ascertain the true meaning of ambiguity in a written agreement, to prove the existence of a collateral agreement to establish implied terms, and more importantly, if it is shown that the document was not intended to express the entire agreement between the parties. It is also admissible to show that the contract is not operative and to impugn the validity of the contract on the grounds of fraud, illegality, misrepresentation, mistake or duress."*



partye was, dan geld die *reël* nie. Op hierdie siening van die *reël* meen die Kommissie dat dit meer kwaad as goed sal doen om dit statutêr af te skaf.<sup>1</sup>

### **Bedoeling soos uitgedruk ('Meaning')**

Die Engelse reg stel as beginsel nie belang in die bedoeling van die partye by die kontraksluiting nie, maar slegs in die uitgedrukte bedoeling, oftewel die *meaning of the words actually used*. Dit is in talle uitsprake vasgelê en is dié basiese vertrekpunt van interpretasie in Engeland. Reeds in 1918 het Lord Shaw in *Great Western Railway and Midland v Bristol Railway Corporation*<sup>2</sup> op 424 gesê:

*"... one hears much use made of the word 'intention', but Courts of law when on the work of interpretation are not engaged upon the task or study of what parties intended to do, but of what the language which they employ shows that they did: in other words, they are not constructing a contract on the lines of what may be thought to have been what the parties intended, but they are construing the words and expressions used by the parties themselves. What do these mean? That when ascertained is the meaning to be given effect to, the meaning of the contract by which the parties are bound. The suggestion of an intention of the parties different from the meaning conveyed by the words employed is no part of interpretation, but is mere confusion."*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sien bespreking van die Kommissie se voorstelle by Beatson *Anson's Law of Contract* 2002 op 133-134.

<sup>2</sup> [1918] 87 LJ Ch 414.

<sup>3</sup> Sien ook in dieselfde trant *IRC v Raphael* [1935] AC 96; *Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235; *Philpots (Woking) Ltd v Survey Conveyancers Ltd* [1985] 277 EG 61; *Reardon Smith Line Ltd v Hansen – Tangen* [1976] 1 WLR 989. *The Hannah Blumenthal* [1983] 1AC 854; *Vitol BV v Compagnie Europeenes des Petroles* [1988] 1 Lloyd's Rep. 574 op 576; *Codelfa Construction (Pty) Ltd v State Railway Authority of NSW* (1982) 149 CLR 337 (High Court of Australia); Lewison *The Interpretation* 1989 op 4 ev.; Beatson *Anson's Law of Contract* 2002 op 160 ev.

Wat dus in die Engelse reg gesoek word, is nie die ware, subjektiewe bedoeling van die partye nie, maar die *presumed intention* soos uit die dokument afgelei kan word.

Die benaderingswyse van die Engelse uitsprake is derhalwe die objektiewe toets.<sup>1</sup>

'n Volgende beginsel is dan dat wanneer gekyk word na die woorde, uitdrukkings en terme van die skriftelik kontrak, die *metode* van uitleg is om daaraan hul gewone, alledaagse en grammatikale betekenis te gee, tensy so 'n uitleg *absurd* of onversoenbaar is in die konteks van al die ander terme van die kontrak, in welke geval 'n aangepaste uitleg gevolg word. Talle uitsprake bevestig die bestaan van hierdie metode, die sogenaamde *plain meaning-rule*, onder andere *Grey v Pearson*<sup>2</sup> waar Lord Wensleydale die sogenaamde *golden rule of interpretation* van die Engelse reg geformuleer het, t.w.

*"... in construing ..... all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity, or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified, so as to avoid that absurdity and inconsistency, but no farther."*<sup>3</sup>

Die gewone, alledaagse betekenis is dan die een wat volgens die betrokke regter deur die gewone Engelssprekende persoon aanvaar word.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Sien byvoorbeeld *Cornish v Abington* (1859) 4 H & N 549; *Wood v Scarth* (1858); *Scott v Littledale* (1858); *Powell v Smith* (1872); *Tamplin v James* (1880) CA; *Fowkes v Manchester and London Assurance Ass.* (1863) 129 RR 607, 614; *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597; *Muirhead and Turnbull v Dickson* (1905) 7 Sess Cas 686 (Skotland); *Norwich Union Fire Ins. Soc. Ltd v Price Ltd* [1934] AC 455 op 463; *Scammell v Ouston* 1941 AC op 268; *Frederick E Rose (London) Ltd v William H Pim Jr & Co Ltd* (1953) 2 QB 450; *Parker v Clark* [1960] 1 All ER 93.

<sup>2</sup> [1857] VI HL Cas 61 op 106.

<sup>3</sup> Sien ook *Tophams Ltd v Earl of Sefton* [1967] 1 AC 50 op 73.

<sup>4</sup> *Beatson Anson's Law of Contract* 2002 op 161.



Die bogemelde reëls vorm die basis van die Engelsregtelike objektiewe uitlegmetode – nie die bedoeling van die partye nie, maar die betekenis wat die gewone, redelike persoon aan die dokument sou gegee het, geld as die kontrak.

Die verdere proses van uitleg van kontrakte in die Engelse reg is kasuïsties en dus ingewikkeld. 'n Bespreking van die hele proses val buite die bestek van hierdie ondersoek.

Wat van belang is, is die onderliggende *ratio* vir die objektiewe benadering in die Engelse reg en die lig wat dit kan werp op die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Daar was al verskeie pogings om 'n grondslag aan te dui, o.a.: die bereiking van regsekerheid;<sup>1</sup> of dat derdepartyte op die geskrewe dokument kan staatmaak;<sup>2</sup> of 'n ondersoek na die bedoeling van die partye sal te veel tyd in beslag neem;<sup>3</sup> of die beskerming van die vertroue van een van die partye teenoor die ander. Die uitleg van 'n kontrak in die objektiewe betekenis weerspieël die betekenis wat een van die partye as 'n intelligente en redelike persoon daaraan sou gegee het en wat om daardie rede beskerm moet word.

Williston<sup>4</sup> verduidelik:

*“Interpretation is properly the process of applying the ordinary legal standard to the words or symbols used in order to determine their meaning or sense, and rules of interpretation are adopted for this purpose. When it is said that words are given their ordinary meaning,*

---

<sup>1</sup> *IRC v Raphael* (1935) AC 96.

<sup>2</sup> Lord Devlin in 'n essay *Morals and the Law of Contract* in *The Enforcement of Morals* 1965.

<sup>3</sup> *Masson R in Codelfa Construction (Pty) Ltd v State Rail Authority of New South Wales* (1982) 149 CLR 337.

<sup>4</sup> *Contracts* 1961 op 323 par. 602.

*or that technical terms are given their technical meaning, the reason for such rules is because it is 'a natural supposition that persons addressed may be expected to understand ordinary language or technical terms in the way stated in the rules', and, therefore, that the meaning or sense of the words will thus be ascertained. Even when the rule under discussion is that language will be construed most strongly against the party using it, it may be maintained that this also is a rule of interpretation, since it should be anticipated that the person addressed will understand ambiguous language in the sense most favorable to himself, 'and that his reasonable understanding should furnish the standard.'*"

Na my mening is laasgenoemde verklaring – vertrouensbeskerming – die werklike grondslag van die Engelse uitlegreëls. Dit is die enigste verklaring vir die reël dat nie *intention* nie, maar *meaning* en van die *plain meaning*-reël geld.

In die Amerikaanse saak van *Clark v Lillie* is gesê:<sup>1</sup>

*"The law will presume that the defendant meant what his language by its terms and under the circumstances in which it was used, would fairly be understood to mean, and this presumption is a matter of law and not to be rebutted by proof that he intended something more or different which he made no attempt to express and which the plaintiff neither understood nor had reason to understand."*

Die toets is uiteindelik dié van die redelike kontraktant: hoe sou hy die kontrak verstaan het? Beide partye is aan daardie betekenis gebonde.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Volgens Williston *Contracts* 1961 op 359 voetnoot 5.

<sup>2</sup> Williston *Contracts* 1961 op 517 par. 610 A.



Die beste aan my bekende ondersoek van die agterliggende ratio van die Engelse reg insake uitleg is dié van Hugh Collins.<sup>1</sup> Aan die hand van die Engelse uitsprake verwerp hy 'n subjektiewe uitlegmetode, en staan onomwonde die vertrouensbenadering voor.

Hy verklaar:<sup>2</sup>

*“For the interpretation of terms in contracts, the objective test commences with the principle that the meaning of a promise should depend on how it was reasonably understood by the promisee. ... In the last resort, the court must endorse the interpretation placed on the words by the promisee.”*

En weer:<sup>3</sup>

*“Under the objective approach to interpretation the test is what a reasonable promisee understands to be the terms of the promise. The content of the contract thus turns on what obligations each party reasonably supposed the other had undertaken.”*

Die waardevolle bydrae van Collins gaan egter nog 'n stap verder. Waarom word die objektiewe toets in hierdie vorm aangewend; wat is die onderliggende *ratio*?

Collins vind dit in 'n *duty to negotiate with care*.<sup>4</sup>

Hierdie regsplig verhoed, aldus Collins,<sup>1</sup> 'n party om voordeel te trek uit 'n misverstand wat hy veroorsaak het. Dit bring mens noodwendig uit by die

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract* 3e uitgawe Butterworths London 1997 op 212 ev.

<sup>2</sup> Op 213.

<sup>3</sup> Op 218.

<sup>4</sup> Op 218 ev.

punt waar beide partye op hul redelike interpretasie staatmaak. Die antwoord, sê Collins<sup>2</sup> lê dan om vas te stel by wie die skuld vir die probleem lê:

*"If we allow both parties to rely upon their reasonable beliefs as to the content of the other's promise, then we end up with no agreed terms at all. Instead of declaring that they have failed to reach an agreement, however, the courts investigate the relative fault of the parties in order to determine who is entitled to visit upon their version of the contract."*

## **SAMEVATTEND**

Die Engelse uitlegreëls berus op die vertrouensleer, wat op sy beurt op 'n voorafgaande plig om in die proses van onderhandelinge sorgsaam op te tree gebaseer is. Die analogie met die *contra proferentem*-reël is voor die hand liggend.

## **DIE UITLEG VAN KONTRAKTE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG**

Die doel van die bespreking wat volg, is weer eens nie om alle detail van hierdie komplekse onderwerp te verken nie, maar om die hooftendense en die gees van ons howe se benadering te peil in die konteks van die subjektief-objektief dikotomie en die onderliggende waardesisteem.<sup>3</sup>

Dit is dienstig om heel aan die begin tussen uitleg van mondelinge en skriftelike kontrakte te onderskei.

---

<sup>1</sup> Op 218.

<sup>2</sup> Op 219.

<sup>3</sup> 'n Meer volledige detail-ontleding is te vinde in Carole Lewis *Interpretation of Contracts*, in R Zimmermann en D Visser *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* Juta Kaapstad 1996 op 195 ev.; Lubbe en Murray *Contract* 1988 op 446 ev.; RH Christie, *The Law of Contract in South Africa* 2001 op 217 ev.; AJ Kerr *The Principles of the Law of Contract* 2002 op 383 ev.; en die doktorsale proefskrif van SJ Cornelius *The Interpretation of Contracts in South African Law* Universiteit van Pretoria 1999 tans ook gepubliseer as *Principles of the Interpretation of Contracts in South Africa* Durban 2002.



## Mondelinge kontrakte

In hierdie gevalle kom uitleg selde of nooit ter sprake nie, want partye is gewoonlik nie in staat om saam te stem dat 'n bepaalde woord of frase ter uitsluiting van ander bepalings of kwalifikasies gebruik is nie. Hul weergawes van wat die afspraak was, verskil gewoonlik: elkeen beweer dat dié weergawe wat vir hom of haar die gunstigste is, dié een is waarop ooreengekom is. Daar is dus nie 'n basis vir uitleg nie. Die probleem word opgelos deur *viva voce*-getuienis aan te hoor en vir die hof om 'n geloofwaardigheidsbevinding te maak. Gewoonlik is die resultaat dan dat die kontrak tot stand kom (of: tot stand gekom het) volgens die suksesvolle party se weergawe.<sup>1</sup> Soms kan dit gebeur dat, selfs met behulp van die bewyslas, die hof nie kan bevind dat die één of die ander weergawe waarskynlik die korrekte een is nie, in welke geval die ooreenkoms weens *dissensus* in die slag bly. So 'n geval was *Maritz v Pratley*.<sup>2</sup>

Interessant is dat dieselfde benadering ook in Europa geld.<sup>3</sup>

## Skriftelike kontrakte

Dit is al meermale gesê dat daar soms 'n verskil is tussen dit wat howe sê en dit wat hulle doen. Met so 'n situasie het ons te doen by die uitleg van skriftelike kontrakte in die Suid-Afrikaanse reg. Die howe sê dat hulle 'n subjektiewe, histories-psigologiese benadering volg, maar in werklikheid volg hulle 'n *objektiewe* metode.

---

<sup>1</sup> Sien ook Christie *The Law of Contract* 2001 op 218.

<sup>2</sup> [1894] 11 SC 345.

<sup>3</sup> Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 139-140.

Afgelei van D. 50.16.219<sup>1</sup> soos nagevolg deur Pothier<sup>2</sup> en Johannes van der Linde<sup>3</sup> geld, volgens ons howe, die sogenaamde goue reël:

*"The golden rule applicable to the interpretation of all contracts is to ascertain and to follow the intention of the parties; and, if the contract itself, or any evidence admissible under the circumstances, affords a definite indication of the meaning of the contracting parties, then it seems to me that a Court should always give effect to that meaning."*<sup>4</sup>

In *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd and Others* word die grondslag van hierdie uitgangspunt onomwonde deur Jansen AR op 804 (D) gestel:

*"As the generally accepted view is that our law of contract is (save in exceptional cases) based on real consensus, it is fully consonant with basic principle that in matters of interpretation the common intention of the parties should prevail."*<sup>5</sup>

Deur hierdie uitgangspunt te aanvaar, staan ons howe oënskynlik op die subjektiewe of histories-psigologiese basis.

---

<sup>1</sup> In *conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*.

<sup>2</sup> *Traite des obligations* 91.

<sup>3</sup> *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* Eerste boek Afdeeling XIV para. 4 (Uitgawe 1806 bl. 120).

<sup>4</sup> Per Innes AR in *Joubert v Enslin* 1910 AD 6 op 37-38. Sien ook *Standard Building Society v Cartoulis* 1939 AD 510 op 516-517; *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd and Others* 1980 (1) SA 796 (A) op 804 C; *Atteridgeville Town Council and Another v Livanos t/a Livanos Brothers Electrical* 1992 (1) SA 296 (A) op 405 J – 306 A; *West Rand Estates Ltd v New Zealand Insurance Co Ltd* 1925 AD 245 op 261.

<sup>5</sup> Sien ook *Rand Rietfontein Estate Ltd v Cohn* 1937 AD 317 op 324; *Gravenor v Dunswart Iron Works* 1929 AD 299; *Worman v Hughes and Others* 1948 (3) SA 495 (A); *Van Rensburg v Taute* 1975 (1) SA 279 (A); *Johnston v Leal* 1980 (3) SA 927 (A) op 940-941.



## DIE GOUE REËL: FEIT OF FIKSIE?

Ten spyte van die verklaarde subjektiewe uitgangspunt, is dit 'n ope vraag wat daarvan oorbly as mens die totaliteit van interpretasie-verwante normkomplekse in ag neem. Twee belangrike reëls ondergrawe gemelde uitgangspunt en dui op 'n objektiewe uitlegbenadering, te wete die integrasie-reël en die hoofreël by die uitleg van skriftelike kontrakte, naamlik dat betekenis (*meaning*) van die woorde gevind moet word, en nie die bedoeling (*intention*) van die partye nie.

### Die Integrasie-reël

Die reël teen die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuienis om afbreuk te doen aan 'n skriftelike dokument (die sogenaamde *parol evidence rule*) is nou ten enemale nie met die subjektiewe vertrekpunt te versoen nie. Die genoemde reël is afkomstig van die Engelse reg, wat, soos genoem, 'n sterk objektiewe benadering volg. Geen wonder dat die reël onversoenbaar is met die verklaarde subjektiewe uitgangspunt van ons howe nie. En geen wonder dat dit deur kontemporêre Suid-Afrikaanse skrywers gekritiseer en bevraagteken word nie.

Indringende kritiek kom van Zeffertt en Paizes.<sup>1</sup> Hulle beskou die reël as *question-begging and mechanical*;<sup>2</sup> dat die grondslag van die reël as sou dit op die beginsel van relevantheid van getuienis berus, *erroneous* is;<sup>3</sup> op 'n false premisse gebaseer is;<sup>4</sup> dat dit in die weg staan van voorspelbare regsbeslissings;<sup>5</sup> dat dit die effek kan hê dat 'n party gebonde gehou kan

---

<sup>1</sup> *Parole Evidence with Particular Reference to Contract* Rand Afrikaanse Universiteit Johannesburg 1986.

<sup>2</sup> Op 4.

<sup>3</sup> Op 8.

<sup>4</sup> Op 9.

<sup>5</sup> Op 9.

word aan regsgevolge wat hy of sy nooit gewil het nie;<sup>1</sup> dat dit met tye strydig is met die Romeins-Hollandse reg en met ons gevoel van wat billik en prakties is;<sup>2</sup> dat dit gepas kon wees in 'n stelsel waar jurie-verhore aan die orde van die dag was, maar nie in ons huidige reg nie;<sup>3</sup> dat dit deur die Engelse Regskommissie betwyfel is;<sup>4</sup> dat ons dit nie in ons reg benodig nie<sup>5</sup> en dat die oorplanting van hierdie reël uit die Engelse reg op ons reg onvanpas was.<sup>6</sup> Hulle wys ook daarop dat die beskouing van die Suid-Afrikaanse howe ten aansien van die reël verouderd en uit pas met nuwere Engelse opvattinge is.<sup>7</sup>

Die skrywers beklemtoon ook die onbestaanbaarheid van die reël in die lig van die verklaarde *consensus*-uitgangspunt.<sup>8</sup> Hulle bepleit onomwonde die afskaffing van die reël.<sup>9</sup>

Carole Lewis<sup>10</sup> wys ook daarop dat daar onder andere weens gemelde reël 'n tweespalt bestaan tussen die *consensus*-uitgangspunt en die vasstelling van daardie *consensus*:

---

<sup>1</sup> Op 9.

<sup>2</sup> Op 15.

<sup>3</sup> Op 15.

<sup>4</sup> Op 17. Die verslag van die Law Commission is gedateer Januarie 1986 onder no. 154 en dra die titel: *Law of Contract: The Parole Evidence rule*.

<sup>5</sup> Op 25.

<sup>6</sup> Op 32. Op 34 sê die skrywers: "We must guard our sources. Not for chauvinistic reasons but because, if you do not, you may be looking for trouble. As regards this aspect of the rule [die added consideration-kwalifikasie], we have looked for trouble and we have found it."

<sup>7</sup> Op 59-62.

<sup>8</sup> Op 102.

<sup>9</sup> Sien op 4, 14, 17, 18, 62, 70, 72, 102 en 107.

<sup>10</sup> *Interpretation of Contracts* in Zimmermann en Visser (eds) 1996 op 206 ev.



*“... it is surely unacceptable to follow one approach in determining whether there is a contract at all, and another to determine what the terms of the contract mean.”<sup>1</sup>*

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het in projek 47 die kwessie van onbillike kontraktsbedinge ondersoek. 'n Finale verslag is in April 1998 onderteken en aan die Minister van Justisie oorhandig. By die skrywe hiervan is die verslag nog nie deur wetgewing opgevolg nie. Die Regskommissie het egter aanbeveel dat die reël statutêr afgeskaf word.

Die posisie is tans dat hoewel die reël in die toekoms ter ruste gelê mag word, dit nog 'n bestaan in ons reg voer.

### **Betekenis (*meaning*) en nie bedoeling (*intention*) nie**

Ten spyte van 'n aantal *dicta* van ons howe dat die doel van uitleg is om die bedoeling van die partye vas te stel,<sup>2</sup> is die waarheid dat ons howe 'n objektiewe uitlegmetode volg. In talle uitsprake is neergelê dat die soeke by uitleg nie die onuitgesproke subjektiewe bedoeling van die partye by kontraksluiting was nie, maar wat die betekenis (*meaning*) van die skriftelike dokument, soos deur die hof uitgelê, is. Ons filosofie van uitleg is dus *objektief*, en is in ooreenstemming met die Engelse benaderingswyse. 'n Duidelike verwoording hiervan is dié van Greenberg AR in *Worman v Hughes*:<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Interpretation of Contracts* 1996 op 208.

<sup>2</sup> Sien bv. *Rand Rietfontein Estates Ltd v Cohn* 1937 AD 317 op 326.

<sup>3</sup> 1948 (3) SA 495 (A) op 505.

*"It must be borne in mind that in an action on a contract, the rule of interpretation is to ascertain, not what the parties' intention was, but what the language used in the contract means, i.e. what their intention was as expressed in the contract."*

Bogemelde benaderingswyse is al soveel keer in uitsprake herhaal, dat daar nie daarmee geredekawel kan word nie.<sup>1</sup>

As regverdiging vir gemelde objektiewe interpretasie-metode word 'n onweerlegbare vermoede voorgeskuif, naamlik:

*"The intention so gathered is presumed in law to be the common intention of the parties."*<sup>2</sup>

Die howe se toepassing van gemelde vertrekpunt, lei dan na 'n tweede stap: om die betekenis (*meaning*) van die skriftelike dokument te bepaal, moet aan die woorde van die kontrak hul gewone en grammatikale betekenis gegee word.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sien bv. *Hansen Schrader & Co v De Gasperi* 1903 TH 100 op 103; *Bon Accord Irrigation Board v Braine* 1923 AD 480 op 490 *in fine*; *Gravenor v Dunswart Iron Works* 1929 AD 299 op 302; *Scottish Union and National Insurance Co. Ltd v Native Recruiting Corporation Ltd* 1934 AD 458 op 465; *Van der Merwe v Viljoen* 1953 (1) SA 60 (A) op 63 G-H; *Jonnes v Anglo-African Shipping Co (1936) Ltd.* 1972 (2) SA 827 (A) op 834 D-H; *Glyphis v Tuckers Land Holdings Ltd* 1978 (1) SA 530 (A) op 536 H – 537 B; *Société Commerciale de Moteurs v Ackermann* 1981 (3) SA 422 (A) op 435 A-C; *Coopers and Lybrand and Others v Bryant* 1995 (3) SA 761 (A) op 767 E – 768 E; *Cape Provincial Administration v Clifford Harris (Pty) Ltd* 1997(1) SA 439 (A) op 445 G-J.

<sup>2</sup> Centlivres AR in *Lanfear v Du Toit* 1943 AD 59 op 72.

<sup>3</sup> Sien *Coopers and Lybrand and Others v Bryant* op 767 E – H en die vorige uitsprake van die Appêlhof daarin vermeld.



Ten einde die grammatikale en gewone betekenis van die woorde vas te stel, moet die woorde nie in *vacuo* uitgelê word nie, maar met inagneming van die aarde en opset van die kontrak en ook na die samehang van die woorde in die kontrak as geheel asook die aard en doel daarvan.<sup>1</sup>

Steeds, in dieselfde proses, mag kennis van woordeboek verklarings en vorige geregtelike definisies, waar vanpas, geneem word.<sup>2</sup>

In dieselfde proses mag die hof ook kennis neem van die sogenaamde *background circumstances*, dit wil sê die genesis en die doel van die kontrak, as synde aangeleenthede wat tydens kontraksluiting in die gees van die partye aanwesig was.<sup>3</sup>

Wanneer die woorde van die kontrak dan nog steeds dubbelsinnig is, mag ekstrinsieke getuienis aangehoor word ten aansien van die sogenaamde *surrounding circumstances*, dit wil sê van voorafgaande onderhandelinge en korrespondensie tussen die partye en hul optrede na die kontraksluiting om aan te toon hoe hulle self die kontrak verstaan het. Hierdie getuienis veroorloof egter geensins direkte bewys van enigeen van die partye se bedoelings nie.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Swart en 'n Ander v Cape Fabrix (Pty) Ltd 1979 (1) SA 195 (A) op 202 C; *Coopers and Lybrand and Others v Bryant*, *supra*, op 767 I – 768 B.

<sup>2</sup> *Sien Jonnes v Anglo-African Shipping Co (1936) Ltd*, *supra*, op 834 G ev.

<sup>3</sup> *Sien Delmas Milling Co. Ltd v Du Plessis* 1955 (3) SA 447 (A) op 454 G-H; *Coopers and Lybrand and Others v Bryant*, *supra*, op 768 B-C.

<sup>4</sup> *Sien Coopers and Lybrand and Others v Bryant*, *supra*, op 768 D-E en vorige gesag daar aangehaal.

Dit is sterk te betwyfel of daar enige verskil is tussen *background* en *surrounding circumstances*. Vir ons doeleindes is die relevante vraag: waarom word hoegenaamd kennis geneem van gemelde twee faktore. Die positiewe reg sal antwoord: omdat dit vir ons 'n insig gee in die vermoedelike bedoeling van die partye.<sup>1</sup> Ek meen, soos hieronder meer volledig verduidelik, dat hierdie omstandighede slegs relevant is ten aansien van die vertrouensbasis wat tussen die partye by die kontraksluiting bestaan het en wat dus by die uitleg in ag geneem moet word.

Waar na die toelaatbare feite in ag geneem is – wat nooit direkte getuienis oor die bedoelings van die partye insluit nie – daar steeds twyfel bestaan oor welke een van twee (of verskeie) betekenis die korrekte een is, word die *contra proferentem*-reël toegepas. Ek het reeds hierbo na hierdie reël en die ratio daaragter in die Romeins- en Romeins-Hollandse reg verwys. Dit is net so in ons reg oorgeneem en behoef nie 'n detailbespreking nie.<sup>2</sup>

Waar die woorde van 'n kontrak so onduidelik of sinneloos is dat geen betekenis daaraan toegeskryf kan word nie, is daar geen geldige kontrak nie.<sup>3</sup> Dit word dan gesê dat die kontrak nietig is weens vaagheid.<sup>4</sup>

Van ons skrywers is dit slegs Lubbe en Murray<sup>5</sup> wat die bestaande uitlegmetode aanvaar en wetenskaplik ontleed.

---

<sup>1</sup> Sien hieroor Christie *The Law of Contract* 2001 op 234 ev.; Lubbe en Murray 1988 op 453 par. 4 ev.; Carole Lewis *Interpretation of Contracts* in R Zimmermann en D Visser *Southern Cross* 1996 op 196-216 vir 'n indringende bespreking; Kerr *Principles* 2002 op 383 ev.

<sup>2</sup> Sien *Cairns (Pty) Ltd v Playdon and Co. (Pty) Ltd* 1948 (3) SA 99 (A) op 121-123 vir volledige oorsig; Kerr 2002 op 418-421.

<sup>3</sup> *Namibian Minerals Corporation Ltd v Benguela Concessions Ltd* 1997 (2) SA 548 (A) op 557 E.

<sup>4</sup> Sien *Lewis v Oneanate (Pty) Ltd and Another*, 1992 (4) SA 811 (A) at 819 D – 820 A; *CTP Ltd and Others v Argus Holdings Ltd and Another* 1995 (4) SA 774 (A) op 787 E-G.

<sup>5</sup> In Lubbe en Murray *Contracts* 1988 op 113 ev.; op 451 ev.



Hulle meen<sup>1</sup> tereg dat die kwessie van uitleg 'n geldige bestaande kontrak voorveronderstel en dat die benaderingswyse met betrekking tot uitleg nie juis aangewend kan word om die *dissensus*-probleem op te los nie. Die *dicta* wat in uitleguitsprake voorkom en wat op 'n objektiewe benadering dui, is dus geldig en aanvaarbaar slegs indien die bestaan van die kontrak nie aangeveg is op die basis dat daar geen *consensus* was nie.<sup>2</sup>

Die skrywers wys ook daarop<sup>3</sup> dat ons howe blykbaar deur uitleg poog om die sogenaamde feitelike of histories-psigologiese benaderingswyse te volg, te wete die vasstelling van die bedoeling van die partye *as feit* tydens die kontraksluiting. Maar, sê hulle,<sup>4</sup> interpretasie hoef nie noodwendig hierdie karakter te dra nie. 'n Alternatiewe benaderingswyse is om dit te beskou as 'n objektiewe, normatiewe proses, gerig op die vasstelling van die bedoeling van die partye, nie bloot met 'n beroep op die wil van die partye nie, maar ook in die lig van die relevante oorwegings van openbare belang. Van daardie perspektief word die tradisionele rol van die reël teen die toelaatbaarheid van die ekstrasie getuieis ook verstaanbaar – dit poog om regters te beskerm teen onverkwiklike feite-dispute rakende die subjektiewe bedoelings van die partye en die gepaardgaande risikos van bedrog en meened as partye toegelaat word om vrylik na ekstrasie getuieis te verwys. Die oorwegings dat bedrog ontmoedig sal word en dat die duur en koste van litigasie so ver as moontlik beperk moet word, is 'n normatiewe een wat spreek teen 'n benadering wat die subjektiewe bedoeling van die partye ten alle koste probeer bepaal. Daar is selfs aanduidings dat die partye uit oorwegings van gerief en koste dikwels meer geïnteresseerd is om 'n beslissing op linguistiese gronde te kry as om die risiko verbonde aan 'n beroep op

---

<sup>1</sup> Op 113.

<sup>2</sup> Hulle verwys na *Société Commerciale de Moteurs v Ackermann* 1981 (3) SA 422 (A) op 427-8; *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd* 1980 (1) SA 796 (A) op 804 en Van der Merwe in JC Noster 'n *Feesbundel* (red. JJ Gauntlett) Butterworths 1979 13 op 25-6, 28.

<sup>3</sup> Op 451.

<sup>4</sup> Op 463.

ekstrinsieke getuigenis te loop. Ook by die standaard-ooreenkomste, waar die hoofoorweging die vertroue van die partye is, geld hierdie sienswyse:

*"To postulate the realization of the intention of the parties, in a wholly subjective sense, as the only aim of interpretation in these cases, entails a fiction which might very easily result in contradictions and absurdities."*

Die skrywers meen<sup>1</sup> dat selfs met betrekking tot individueel onderhandelde kontrakte, dit dikwels onrealisties is om te aanvaar dat die partye werklik ooreengekom het ten aansien van die kwessie wat later hul kop as uitlegprobleme uitsteek. Die oplossing van hierdie probleme lê nie noodwendig in 'n voluit soeke na 'n bedoeling wat waarskynlik nie bestaan nie. Wat vereis word, is dat leemtes aangevul word op 'n wyse wat versoenbaar is met die ander terme van die ooreenkoms, besigheidsdoelmatigheid en billikheid. Die tradisionele benaderingswyse van die howe voldoen aan hierdie behoefte.

As daar kritiek teen die howe se benadering is, is dit volgens die skrywers<sup>2</sup> daarin geleë dat 'n heimlike en indirekte metode gevolg moet word met die aktivistiese taak om die bedoeling van die partye te verwesenlik. Die liberale (wilsgeoriënteerde) tendens ten opsigte van die interpretasie van kontrakte moet dus met versigtigheid benader word. Klaarblyklik bepleit die skrywers 'n meer normatiewe benaderingswyse.<sup>3</sup> Met hierdie benaderingswyse moet volkome saamgestem word en verklaar dan ook die benaderingswyse van ons howe ten aansien van uitleg, ten spyte wat in die uitsprake gesê word.

---

<sup>1</sup> Op 463.

<sup>2</sup> Op 463.

<sup>3</sup> Dit is ook die algemene uitgangspunt van Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke, Lubbe en Lotz *Kontraktereg: Algemene Beginsels* Juta Kaapstad 1994 op 221 ev. Ten aansien van uitleg sien ook Cornelius *Interpretation* 1999.



Die probleem m.i. met die Suid-Afrikaanse reëls met betrekking tot uitleg van kontrakte is dat daar geen aanvaarbare alternatiewe basis vir die metode aangedui word nie.

Die verduideliking van ons howe dat gesoek word na die vermoedelike bedoeling van die party is klaarblyklik 'n fiksie. Mens moet dus vra wat agter die fiksie verskuil lê. In die res van die Westerse stelsels word die *ratio* vir uitleg gevind in die vertrouensbeginsel.<sup>1</sup> Die *ratio* hieragter is weer die sorgvuldigheidsplig wat op elke kontraktant rus in die proses van kontraksluiting.

Waarom sou hierdie *ratio* nie ook in ons reg geld nie?

Collins<sup>2</sup> se verduideliking skyn my in die kol te wees:

*"The source of the difficulty lies in a vestigial attachment to the idea that the intentions of the parties should determine the content of the contract.*

*Although this reference to intent fits the idea that the source of contractual obligations depends on interpretation of contracts, it cannot provide a practical test for the interpretation of contracts. If the actual intentions of the parties were permitted to determine the content of the agreement, it would always be open to either party to declare that any written agreement did not conform to their true wishes or that a promise was not intended to be taken literally. These arguments would provide a simple escape route from any contractual obligation which turned out to be unpalatable or inconvenient. An objective test is necessary so that the parties are bound by the terms of their ostensible agreement. Their actual intentions in agreeing to the contract, perhaps supported by evidence of motives, will be regarded as irrelevant."*

---

<sup>1</sup> Duitsland, Engeland en Nederland.

<sup>2</sup> *The Law of Contract* 1997 op 212.

Is die Suid-Afrikaanse uitlegreëls nie maar ook op die vertrouens-*ratio* gebaseer nie?

Carole Lewis<sup>1</sup> meen dat die vertrouensleer geld by *dissensus* om te bepaal of daar 'n kontrak tot stand gekom het. Waarom sou dieselfde *ratio* nie geld by uitleg, om bloot vas te stel wat die terme van die kontrak was nie? Hiermee moet saamgestem word: trouens, hoe kan mens sê daar is 'n kontrak as jy nie weet of kan weet, wat die terme daarvan is nie? En: hoekom twee metodes om dié een uiteindelijke doel te bereik?

Hierdie is dan ook die verklaring aan die hand gedoen deur Zeffertt en Paizes.<sup>2</sup>

Uit die regspraak is daar 'n enkele aanduiding dat die *ratio* vir ons uitlegmetode tog die vertroue van die teenparty is. In *Kliptown Clothing Industries (Pty) Ltd v Marine and Trade Insurance Co of SA Ltd*<sup>3</sup> het Schreiner AR van die uitlegreëls gesê:

*"[I]t seems that their use is directed to the ascertainment, not of the meaning of the language as understood by the court, but of the meaning which the law says ought in the circumstances to be given to it."*

Dit kan beswaarlik 'n arbitrêre *meaning* wees; dit kan nie 'n fiktiewe bedoeling wees; dit moet die betekenis wees wat die geadresseerde in die omstandighede verstaan het die woorde beteken. As albei die partye 'n redelike uitleg voorstaan, gee *skuld* die deurslag: wie het op skuldige wyse die uitlegprobleem veroorsaak; met ander woorde wie het op skuldige wyse

---

<sup>1</sup> *Interpretation of Contracts*, in *Southern Cross* 1996 op 195.

<sup>2</sup> Op 87.

<sup>3</sup> 1961 (1) SA 103 (A) op 107.



die ander se vertrouwe geskend. Nie alleen is dit in ooreenstemming met Collins se verduideliking en van wat die Engelse howe sê nie, maar ook in ooreenstemming met ons eie *contra proferentem*-reël.

'n Ander perspektief word deur Zimmermann<sup>1</sup> gestel. Dit is dat uit die sekondêre reëls van uitleg af te lei is dat die howe 'n normatiewe uitleg vorm sodat oorwegings van billikheid en beleid bydra tot die vorming van *consensus*. Die skrywer vervolg:<sup>2</sup>

*"Like their colleagues in many other countries, South African judges tend to avail themselves of covert tools in order to achieve reasonable solutions without openly attacking the 'idol' of freedom of contract. The theoretical basis for this kind of judicial activism, however, appears to be the overriding notion of good faith."*

### Samevatting:

Die subjektiewe uitlegmetode geld, van die hierin ondersoekte stelsels, slegs in Frankryk. Dit berus op die wilsleer. Soos Hesselink aantoon, het dit nie veel praktiese nut nie: as die partye oor hul bedoelings mag getuig, sal elkeen dié getuienis lewer wat sy of haar saak bevoordeel. Uitleg word dan 'n geloofwaardigheidskwessie, met die gevolglik regsonsekerheid, tydsverlies en koste wat dit meebring.

Die objektiewe uitlegmetode skakel laasgemelde probleme uit en is 'n spoediger, eenvoudiger en minder duur manier om uitsluitel in 'n konflik-situasie te kry. Dit word in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg en, indirek, in Nederland en Duitsland gevolg.

Die grondslag van die objektiewe benadering is klaarblyklik *vertrouensbeskerming*: die woorde en uitdrukkings waarop die partye

---

<sup>1</sup> *Good Faith and Equity in Southern Cross* 1996 op 243.

<sup>2</sup> Op 243.

ooreengekom het, skep oor en weer die vertroue dat dit sosiaal-adekwaat is om die ware wil van elkeen van hulle te weerspieël. Welke party 'n ander betekenis as die gewone, normale een daaraan gee, skend die vertroue van die teenparty. Dit is die uitdruklike basis van die *Haviltex*-uitspraak in Nederland en van *normatiewe Auslegung* in Duitsland. Dit is die grondslag van die Engelse objektiewe uitlegmetode. Wat van die Engelse reg waar is op hierdie gebied, behoort ook vir die Suid-Afrikaanse reg waar te wees, want ons volg dieselfde metodiek en denkpatroon. Die normale betekenis (*meaning*) geld omdat dit die onweerlegbare vermoede skep dat dit die ware wil van elkeen weergee. Die ander party kan daarop vertrou.

Die meeste Suid-Afrikaanse uitsprake oor interpretasie, so moet toegegee word, berus nie op en ondersteun nie die vertrouensbeginsel nie. Dit gaan nog uit van 'n soektog na *consensus* wat *ex confesso* nie bestaan nie. Die hele poging en die talle reëls wat op dié fiksie opgebou is, is maar arbitrêr, futiel en gegrond op 'n ongesonde uitgangspunt.<sup>1</sup> Miskien sal dit eendag ingesien word, soos in die Nederlandse, Duitse en Engelse reg, dat die onderliggende beginsel dié van vertrouensbeskerming is. Dit is daarom jammer dat ons handboekskrywers<sup>2</sup> en die enigste outeur van 'n proefskrif oor hierdie gebied<sup>3</sup> nie hierdie *ratio* raakgesien het nie.

~~~ oOo ~~~

¹ Sien ook PJJ Olivier *Legal Fictions* Leiden 1973.

² Soos Christie *The Law of Contract* 4e uitgawe 2001 Butterworths Durban 233-257.

³ SJ Cornelius *The Interpretation of Contracts in South African Law* Pretoria 1999.

HOOFSTUK 5

AANVULLING

In alle regstelsels word aanvaar dat kontraktuele regte en verpligtinge kan ontstaan óf uit uitdruklik ooreengekome (en deur uitleg omlynde) bedinge, óf uit ander, heteronome bronne. Vir ons doeleindes is laasgenoemde tans ter sprake. Dit is gebruikelik om in hierdie verband van *aanvulling* te praat.¹

Ek beskryf kortliks die beginsels ten aansien van aanvulling in die tans besproke regstelsels.

DIE FRANSE REG

Artikel 1135 van die Franse *Code civil* bepaal dat 'n ooreenkoms nie die

¹ Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 173 hieroor. Todd D Rakoff *The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'* in Jack Beatson en Daniel Friedman (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* Clarendon Press Oxford 1995 op 191 verduidelik die terminologie en die basis van aanvulling:

"Let us suppose that A and B have a contract. They argue about something having to do with their relationship under the contract. Unable to resolve their dispute, they come to court. Unfortunately, their agreement, even when fully interpreted in light of their actions, trade usage, and other means of getting at what they meant, does not provide a term that answer their dispute. (It might be that no term of the agreement comes close to the situation that has developed, or it might be that the court is convinced that a broad term that appears to be applicable was not in fact meant to apply to these particulars.) What is the court to do?"

The court might say, courts do not make contracts for parties. Where there is no agreed term, there is no legal obligation. Or the court might say, the matter in dispute was in any case the subject of a mandatory rule. Even if the contract had provided for the eventuality, it would make no difference; what the law requires, the law requires. Courts do make such points.

Courts also, and not infrequently, say something else. They say: 'here is the term which you did not provide, which will govern your relationship, but only because you did not speak, as we would not insist on our term if the two of you had agreed to something different'. The doctrinal labels for these things are 'constructive' or 'implied' 'terms' or 'conditions' (although sometimes those labels are also used for things that are mandatory, and at other times for things that are inferred as the parties' actual intent). The process of creating them the Realists often denominated 'gap filling', while Professor Farnsworth's treatise calls it 'deciding omitted cases'. Most recently, in the US literature at least, these things have been labeled 'default rules'."

partye verbind slegs tot dit waartoe uitdruklik ooreengekom is nie, maar ook tot dit wat ontstaan weens die billikheid (*l'équité*), die gewoonte (*l'usage*) of die wet (lees: die reg) volgens die aard van die verbinteniss.

Die proses van aanvulling word om die beurt '*interprétation créatrice*' of '*interpretation constitutive*' genoem en vind plaas volgens die objektiewe metode.¹

Die Franse benadering tot die aanvullingsprobleem verskil hemelsbreed van die Engelse *implied term*-benaderingswyse. Die Franse benadering is dat die terme van 'n kontrak in beginsel in die *Code civil* en aanvullende wette vasgelê is en die partye hoef slegs oor die *essentialia* ooreen te kom. Van regsweë word leemtes aangevul. Wil die partye van die neergelegde aanvullende regsreëlings² afwyk, staan dit hul vry om dit te doen.

Die gevolg is dat die aanvullingsproses 'n aanvang neem deur die soort en aard van die ooreenkoms te identifiseer en die bepalings van die *Code civil* en enige *lois supplétives* daarop toe te pas. Trouens hierdie beginsel word in artikel 1107 uitdruklik bevestig: kontrakte is onderhewig aan die algemene reëls wat in die *Code civil* en die kommersiële reg vasgestel is.

Die *Code civil* self bevat 'n basiese klassifikasie van kontrakte. Dit beskryf 'n kontrak as sinallagmaties of wederkerig wanneer die partye hulself oor en weer (tot prestasie) verbind.³ Dit is eensydig as slegs een party hoef te presteer.⁴ Dit is verwisselend wanneer die oor en weer prestasies as ekwivalent van mekaar beskou word; wanneer 'n wins of verlies vir elk van die partye afhang van 'n onsekere gebeurtenis, is dit 'n kanskontrak.⁵ 'n 'n

¹ Hesselink *De Redelijkheid en Billijkheid* 1996 op 176.

² *Lois supplétives*.

³ Artikel 1102.

⁴ Artikel 1103.

⁵ Artikel 1104.

Liefdadigheidskontrak kom voor waar een van die partye vir die ander kosteloos 'n voordeel beding.¹ Dit is met beswarende titel (a *titre onéreux*) wanneer elk van die partye verplig is om iets te gee of te doen.²

Die belang van hierdie klassifikasie is dat aan elke soort kontrak 'n onderskeidende aard of karakter toegeken word, met bepaalde regsgevolge, ook ten aansien van aanvulling. Nicholas³ noem die voorbeeld van die sinallagmatiese kontrak waar die *exceptio non adimpleti contractus* geld al word niks daaroor in die kontrak bepaal nie.

'n Verdere klassifikasie (met soortgelyke implikasies vir aanvulling) is die aparte behoud van erkende kontraktipes, soos koop, huur, en dies meer. Die *Code civil* bevat byvoorbeeld 120 artikels wat die gevolge van die koopkontrak reël. Die spesiale of benoemde kontrakte word in artikels 1387-2203, deur 'n hele aantal *lois supplétives* en deur vaste handelsgebruike gereël. Aanvulling vind plaas deur die *Code civil*, die *lois supplétives* en die handelsgebruike toe te pas.

Kontrakte wat nie spesifiek deur die *Code civil* of aanvullende *lois* gereël word nie (*contrats innomés*), word aangevul deur na die bedoeling van die partye te vra, maar heel dikwels vind aanvulling plaas deur analogieë met die reëls met betrekking tot benoemde kontrakte te vind.⁴

'n Derde klassifikasie wat vir aanvulling implikasies het, is afkomstig van die Franse juris Demogue in sy *Traite des obligations* van 1925.⁵ Hy het onderskei tussen twee soorte kontrakte: een waarvolgens die skuldenaar die gewone sorg van die redelike man (*bon pere de famille*) aan die dag moet lê

¹ Artikel 1106.

² Artikel 1100.

³ 1992 op 38-39.

⁴ Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 49 ev.

⁵ Sien hieroor Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 71 ev.

(dit noem hy 'n *obligation de moyen*); die ander waarvolgens die skuldenaar nie slegs redelike sorg aan die dag moet lê nie, maar die beloofde prestasie moet lewer (*obligation de résultat*).

'n Voorbeeld, bespreek deur Nicholas,¹ van eersgenoemde kategorie is van die geneesheer wat onderneem om 'n pasiënt te behandel. Hy moet redelike sorg aan die dag lê, maar is nie aanspreeklik as die pasiënt nie herstel nie. 'n Voorbeeld van die tweede kategorie is van die karweier wat die goedere wat hy vir vervoer aanvaar het, moet aflewer. In laasgemelde geval kan hy aanspreeklikheid slegs vryspring as hy kan bewys dat sy prestasie onmoontlik geword het weens oorsake buite sy beheer. In eersgenoemde geval lê die bewyslas op die skuldeiser om *culpa* te bewys. In laasgenoemde geval lê die bewyslas op die skuldenaar om 'n *cause étrangère* (d.w.s. 'n oorsaak buite sy beheer) te bewys.²

Die genoemde onderskeid is in die regspraak aanvaar³ en speel klaarblyklik 'n belangrike rol by die aanvullingsproblematiek. Die verpligtinge van kontrakpartye word aangevul deur die tipe verpligting te karakteriseer en gevolge daarvolgens te bepaal. Nicholas⁴ gee 'n aantal voorbeelde, onder andere: 'n *restauranteur* is onder 'n *obligation de moyen* met betrekking tot die veiligheid van sy perseel of die smaaklikheidsgehalte van sy voedsel; maar onder 'n *obligation de résultat* om te verseker dat die voedsel wat hy aanbied nie giftig is nie.

Om saam te vat: die Franse reg vul ooreenkomste aan nie deur te vra wat die (vermoedelike of fiktiewe) bedoeling van die partye was nie, maar wat die aard van die kontrak was. Reëls wat gebruiklik op dié betrokke soort kontrak

¹ 1992 op 51.

² Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 51-52; artikels 1137 en 1147.

³ Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 53.

⁴ 1992 op 53.

van toepassing is, word dan op die betrokke kontrak toegepas.¹ Die redelikheid en billikheid speel 'n belangrike rol.

Hierdie benadering tot aanvulling strook nie met die subjektiewe wilsleer nie. Aanvulling in die Franse reg vind objektief, *ex lege*, plaas, waarby redelikheid en billikheid (art. 1135 Cc) die eerste oorweging is.

DIE NEDERLANDSE REG

Artikel 6:248 lid 1 van die nuwe BW (wat met die ou artikel 1375 ooreenstem) bepaal:

“Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.”

By die toepassing van hierdie aanvullingsvoorskrif, gaan dit nie om die vasstelling van die wille van die partye nie, maar om die aanvulling van dit waarop wel ooreengekom is. In die *Toelichting* van prof. EM Meijers² word gesê:

“Dat een overeenkomst ook deze rechtsgevolgen heeft, is niet gebaseerd op de stilzwijgende partijbedoeling of op de vermoedelijke wil van partijen. Zowel de uit wet als de uit gewoonte of billijkheid voortvloeiende rechtsgevolgen gelden, onverschillig of partijen zich bewus waren van die gevolgen bij het sluiten van de overeenkomst en zonder dat een onderzoek noodzakelijk is naar de vraag of partijen, indien zij zich wél van die gevolgen bewust waren geweest, deze geheel of gedeeltelijk zouden hebben uitgesloten.”

¹ Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 51 ev.; KW Ryan *An Introduction to the Civil Law* 1962 op 38 vir 'n uiteensetting van die agtergrond.

² Sien *Parlementêre Geschiedenis* Boek 6, 920.

Maar saam met artikel 6.248 lid 1 moet ook gelees word artikel 6.248 lid 2 wat soos volg lees:

2. “*Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.*

Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Aldus saamgelees, val die klem by aanvulling dus onbetwisbaar op redelikheid en billikheid.

Dit bring my by redelikheid en billikheid as aanvullingsnorm. Alhoewel hierdie twee woorde vir Asser-Hartkamp¹ elk 'n eie gevoelswaarde het, is dit één regsbegrip. In die ou BW het artikel 1374 lid 3 van *goede trouw* en artikel 1375 van *billijkheid* gepraat. Die *redelikheid en billikheid* van die nuwe BW omvat albei hierdie vorige terme.²

Die verskil tussen die ou en die nuwe BW in verband met *redelikheid en billijkheid* is dat in die ou bedeling *goede trouw* kragtens artikel 1374 lid 3 slegs van toepassing was op die *uitvoering* van ooreenkomste, terwyl *billijkheid* kragtens artikel 1375 gegeld het by die *aanvul* van leemtes. Tans is die onderskeid afgeskaf en speel *redelikheid en billijkheid* 'n belangrike rol op beide vlakke.

Die norm waarvolgens die afspraak tussen die partye aangevul kan word, is nie die subjektiewe goeie trou of subjektiewe opvattinge van een van die partye nie, maar berus op die ongeskrewe norme en beginsels van en

¹ Verbintenissenrecht 2001 op 292.

² Asser-Hartkamp Verbintenissenrecht 2001 op 299 ev.

onderliggend aan die objektiewe reg en word ampshalwe deur die regter gevind en op 'n dispuut toegepas.¹ Maar dit kan alleen gedoen word *nadat* deur uitleg bepaal is dat daar wel 'n leemte in die afspraak is en daar dus ook 'n behoefte aan aanvulling bestaan.² Aanvulling kan dus ook geskied waar partye glad nie die probleem wat tot die dispuut aanleiding gee, voorsien het nie.³

Asser-Hartkamp⁴ gee 'n nuttige oorsig van talle beslissings waarin die moeilikheid en billikheid as aanvullende vorm toegepas is.

Dit kan dus sonder aarseling gesê word dat in die moderne Nederlandse reg aanvulling geskied op die basis van redelikheid en billikheid, dit wil sê die goeie trou.

DIE DUITSE REG

Paragraaf 242 van die BGB lees soos volg:

“Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

Die werklike doel en aanwendingsgebied van paragraaf 242 is om die regte en verpligtinge van die partye inhoudelik met meer presiesheid te bepaal as wat die kontrak of wettereregtelike reëlings gedoen het of kan doen.⁵ Die gevolg is dat:

¹ Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 302.

² Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 307.

³ *Verbintenissenrecht* 2001 op 307 ev.

⁴ *Verbintenissenrecht* 2001 op 307 ev.

⁵ Fikentscher 1997 op 110.

“Der Glaubiger darf die ihm geschuldete Leistung nur nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, der Schuldner muss seine Leistung mit dieser Massgabe erfüllen.”¹

Die grondslag van paragraaf 242 is dat aan elke reg bepaalde sosiaal-etiese grense immanent is. 'n Ooreenkoms vereis 'n sosiaal-etiese uitoefening van regte.²

Dit kan ook gesê word dat die *Treu und Glauben*-norm die *Grundelement* van die Westerse regskultuur beliggaam. Dit verteenwoordig die element van 'n geïntegreerde gemeenskap, gebou op die beginsel van wedersydse vertroue tussen die gemeenskapslede.³

Die begrip *Treu und Glauben* is gerig op die billike inagneming van die belange (interesse) van ander betrokkenes, ook daar waar gemelde belange in die besondere geval nie, of nie volledige beskerming, weens die geldende reëls geniet nie.⁴

Onder *Verkehrssitte* word verstaan daardie opvattinge wat in 'n gemeenskap (of, in 'n besondere geval, in 'n kleiner deel daarvan of in 'n groep) as feit geld en wat die verwagtinge van daardie gemeenskap met betrekking tot menslike verhoudings reflekteer, al is daardie verwagtinge nog nie in die geldende reg gepositieveer nie.⁵

Nietemin is die bepalinge van paragraaf 242 en die *Treu und Glauben* geen selfstandige regsreël met 'n bepaalde inhoud nie. Dit behels 'n ope leerstuk

¹ Fikentscher 1997 op 110.

² Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 229. Münchener Kommentar Zum *Bürgerlichen Gesetzbuch* 4e uitg. 2001 CH Beck Munchen 2001.

³ *Münchener Kommentar* op 116-117. Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 229 praat van 'n "... gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz ..."

⁴ *Münchener Kommentar* 2001 op 115; Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 230.

⁵ *Münchener Kommentar* 2001 op 116; Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 230.

en dit hang van die feite van elke geval af hoe daardie leerstuk aangewend word, natuurlik met inagneming van die gemeenskapsopvattinge. Die toepassing van paragraaf 242 is dus 'n regterlike taak, maar gee nie aan die regter 'n ongebonde diskresie om verhoudinge volgens eie goeddunke te reël nie.¹

In die positiewe reg het daar talle voorbeelde van die toepassing van paragraaf 242 ontwikkel. Mens kan egter die aanwendingsgebied van paragraaf 242 soos volg sistematiseer:

1. 'n **Konkretiseringsfunksie** - dit reël die aard en wyse van die prestasieverpligtinge.
2. 'n **Uitbreidingsfunksie** (*Erganzungsfunktion*) – die artikel gee 'n bevoegdheid uit hoofde waarvan neweverpligtinge en uitgebreide regte, waarvoor nóg die kontrak nóg die bestaande reg voorsiening gemaak het, gevind en toegepas kan word.
3. 'n **Beperkingsfunksie** (*Schrankenfunktion*) - paragraaf 242 beperk die uitoefening van regte en bevoegdhede tot dit wat volgens die gemeenskapsoordeel reg en billik is.
4. 'n **Korreksiefunksie** (*Korrekturfunktion*) - in besondere omstandighede veroorloof paragraaf 242 die aanpassing en deelsverandering van die normale regsgevolge van 'n verbintenis, soos byvoorbeeld in die geval van latere onmoontlikwording van prestasie.²

Dit blyk uit die wordingsgeskiedenis van paragraaf 242 dat dit die bedoeling ten minste van die opstellers van die Eerste Ontwerp van die BGB was dat paragraaf 242 (oorspronklik paragraaf 224.1 in die Ontwerp) die rol sou vervul

¹ Palandt 2001 op 229; *Münchener Kommentar* 2001 op 117.

² Palandt 2001 op 231; *Münchener Kommentar* 2001 op 118-120 ev.

van onder andere die gemeenregtelike *exceptio doli generalis*.¹ Dit is deur die regspraak egter veel wyer uitgebrei as die gemeenregtelike begrip.²

Vir huidige doeleindes (aanvulling) is veral van belang die ontwikkeling van nuwe-regte en –pligte. Soos reeds genoem, word hierdie regte en pligte uit aan die hand van die betrokke kontrak en wettereregtelike reëlins vasgestel, maar ook volgens paragraaf 242, dit wil sê volgens die *Treu und Glauben*.

Die grondgedagte is dat die kontrakskuldenaar die prestasiegevolge moet voorberei, deurvoer en verseker. Tegelykertyd moet hy hom so gedra dat die belange (bv. lewe, eiendom, gesondheid en regte) van die ander partye nie aangetas word nie.

Hieruit volg dat die prestasieverpligtinge van beide partye tot die kontrak geprosesseer en gestalte gegee kan word in 'n hele aantal *besondere* pligte, die vernaamstes waarvan die volgende is:³

- (a) Dit is die plig van elke party om prestasielewering deur hom of haar voor te berei, deur te voer en te verseker en alles te vermy wat die kontraksoel (*Vertragszweck*) of die vervulling van die kontrak kan skaad of frustreer.⁴
- (b) Skuldeiser en skuldenaar is verplig om saam te werk om daardeur die voorwaardes en omstandighede vir die vervulling van die doel van die kontrak en voldoening aan die wedersydse prestasieverpligtinge moontlik te maak.⁵

¹ *Münchener Kommentar* 2001 op 111 ev.

² *Münchener Kommentar* 2001 op 114 ev.

³ Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 232 ev.

⁴ Voorbeelde uit die regspraak by Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 232.

⁵ Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 232 ev.

- (c) Beide partye moet hulle by die uitvoering en nakoming van die kontrak so gedra dat die belange van die teenparty nie op onregmatige wyse geskend word nie. Dit behels in die eerste plek die erkenning en beskerming van die *Rechtsgüter-Sphäre* (sfeer van die regte) van die teenparty, maar tweedens ook die versekering en instandhouding van die goedere en belange waarop die teenparty geregtig is.¹
- (d) 'n Plig (ook genoem die *Aufklärungspflicht*, of *Anzeiges-Hinweis* of *Offenbarungspflicht*) van elke party om die ander in kennis te stel, sonder dat laasgenoemde daarop hoef aan te dring, van alle omstandighede wat die besluitneming van laasgenoemde mag beïnvloed, veral met betrekking tot toekomstige optrede.²

Die Duitse reg het kragtens paragraaf 242 die grondgedagte van *Treu und Glauben* dinamiese werking as aanvullingsnorm gegee. Dit is in fyn detail ontwikkel en speel 'n baie belangrike rol in die Duitse kontraktereg. Die agterliggende *ratio* is die redelikheid en billikheid.

DIE ENGELSE REG

(a) Die inlees van gebruiklike bedinge

'n Groot deel van die Engelse kontraktereg het ontstaan op die basis van die inlees van hierdie soort bedinge. Cheshire, Fifoot en Furmston³ verduidelik die onderliggende denkproses:

“The development of the law exhibits a fairly constant process. A particular practice is shown to exist and the parties to a contract are proved to have relied upon it. In course of time it is

¹ Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 233 ev.

² Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 233.

³ *Law of Contract* 2001 op 147.

assumed by the courts to be so prevalent in a trade or locality as to form the foundation of all contracts made within that trade or locality, unless expressly excluded. Finally, it is often adopted by the legislature as the standard rule for the conduct of the business in question.”¹

Uit wat hierbo gesê is, volg onteenseglik dat die inlees van gewoontes en gebruike op vertrouensbeskerming berus. Partye sluit 'n kontrak. 'n Vaste gewoonte of gebruik bestaan. Elkeen van hulle kan vertrou dat dié gewoonte of gebruik deel van die kontrak is en dat die ander, deur nie op uitsluiting daarvan aandring nie, dit deel van die kontrak wil maak. Omdat daardie vertroue geskep is, kan geeneen van hulle later omdraai en ontken dat dit deel van die kontrak was nie. *Hierdie grondslag is trouens deur die Engelse howe self erken.*

Lord Diplock het in *Hardwick Game Farm v Suffolk Agricultural and Poultry Producers Association*² die teoretiese grondslag van die implikasie van hierdie terme soos volg verklaar:

“The task of ascertaining what the parties to a contract of any kind have agreed shall be their legal rights and liabilities to one another as a result of the contract is a familiar one in all systems of law. It is accomplished not by determining what each party actually thought those rights and liabilities should be, but by what each party by his words and conduct reasonably led the other party to believe were the acts which he was undertaking a legal obligation to perform. There are some rights and liabilities which arise by implication of law from the nature of the contract itself such as a contract of sale of goods or land, a contract of

¹ Vir voorbeelde van die inlees van hierdie soort terme sien ook *Produce Brokers Co Ltd v Olympia Oil and Cake Co Ltd* [1916] 1 AC 314; *Cunliffe-Owen v Teather and Greenwood* [1967] 3 All ER 561; en verdere bronne vermeld deur Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 147 ev.

² [1966] 1 WLR 287 (CA) op 339 C-F.

carriage, or bailment a contract of service or a contract of insurance. In offering to enter into a contract of a particular kind a party leads the other party reasonably to believe that he undertakes a legal obligation to perform all those acts which a person entering into a contract of that kind usually performs, unless his words or conduct are such as would make it reasonably clear to the other party that this is not so ..."¹

(b) Terms implied by Statute

Die proses van wetgewing op gebied van die kontrakreg in Engeland neem dikwels die vorm aan van 'n ontwikkeling van gewoonte tot ooreenkoms (hierbo beskryf) en van ooreenkoms tot wetgewing. Eenmaal as wetgewing 'n bepaalde voorskrif bevat, word dit as 'n *implied term* deel van die kontrakte wat binne die bestek van die wet val. Groot dele van die Engelse kommersiële verkeer word beheers deur sodanige wetgewing, byvoorbeeld die *Marine Insurance Act* 1906; die *Sale of Goods Act* 1893, tans vervang deur die *Sale of Goods Act* 1979; die *Hire Purchase Act* 1965; die *Supply of Goods (Implied Terms) Act* 1973; die *Sale and Supply of Goods Act* 1994. Hierdie wette bevat, uitdruklik of by implikasie, voorskrifte wat as *terms implied by statute* in die desbetreffende kontrakte ingelees word.

Die vraag kan wel gevra word of dit nodig is om die toepassing van 'n statutêre bepaling op 'n bepaalde kontrak te regverdig met 'n beroep op 'n *implied term*. Ek laat dié vraag daar. Wat wel van belang is, is dat die inlees van hierdie *implied terms* op geen ander basis verklaar kan word as die inlees van *customs and usages* nie, wat reeds hierbo bespreek is: elkeen van die partye kan daarop vertrou dat *consensus* bestaan dat die wetsvoorskrif deel van die kontrak is, weens die vertroue geskep deur die ander party deur nie op die uitsluiting

¹ [1966] 1 WLR 287 (CA) 339 C-F. Lord Diplock herhaal die siening in *Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd* [1972] AC 441 502 en in *Photo Production v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827.

daarvan aan te dring nie.¹

(c) Terms implied by the courts

Hierdie is die beroemde (of berugte) deel van die Engelse kontraktereg waardeur kontrakte deur die howe aangevul word om sogenaamde *business efficacy* daaraan te. Dié proses van aanvulling in die Engelse reg is baie oud en die klassieke formulering daarvan is dié van Bowen LJ in *The Moorcock*² waar hy gesê het:

“Now, an implied warranty, or, as it is called, a covenant in law, as distinguished from an express contract or express warranty, really is in all cases founded on the presumed intention of the parties, and upon reason. The implication which the law draws from what must obviously have been the intention of the parties, the law draws with the object of giving efficacy to the transaction and preventing such a failure of consideration as cannot have been within the contemplation of either side; and I believe if one were to take all the cases, and there are many, of implied warranties or covenants in law, it will be found that in all of them the law is raising an implication from the presumed intention of the parties with the object of giving to the transaction such efficacy as both parties must have intended that at all events it should have. In business transactions such as this, what the law desires to effect by the implication is to give such business efficacy to the transaction as must have been intended at all events by both parties who are business men; not to impose on one side all the perils of the transaction; or to emancipate one side from all the chances of failure, but to make each party

¹ Vir 'n oorsig van dié stof sien Cheshire Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 148.

² (1889) 14 PD 64 CA op 68.

promise in law as much, at all events, as it must have been in the contemplation of both parties that he should be responsible for in respect of those perils or chances."

Ten einde te bepaal of 'n *implied term* ingelees word – en wat die inhoud daarvan is – is die ewe beroemde (of berugte) *officialious bystander-toets* ontwikkel. In *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)*¹ verklaar Lord Scrutton:

"A term can only be implied if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract; that is, if it is such a term that it can confidently be said that if at the time the contract was being negotiated some one had said to the parties, 'What will happen in such a case,' they both would have replied, 'Of course, so and so will happen; we did not trouble to say that; it is too clear.'"

Dié formule is daarna telkens toegepas en verfyn – onder andere in die belangrike '*leading cases*' soos *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd and Federated Foundries Ltd*;² *Trollope and Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board*;³ *Spring v National Amalgamated Stevedores and Dockers Society*;⁴ en verdere gesag aangehaal deur Cheshire, Fifoot en Furmston.⁵

Die implikasie van bedinge deur die hof op die basis van die vermoedelike bedoeling van die partye is tereg al as 'n oorwerkte reël aangemerkt. Van die formulering van Lord Bowen in *The Moorcock* het

¹ [1918] 1 KB 592 op 605.

² [1939] 2 All ER 113 op 124.

³ [1973] 2 All ER 260 op 268.

⁴ [1956] 2 All ER 221.

⁵ *Law of Contract* 2001 op 153 ev.

Lord Mackinnon in *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd*, and *Federated Foundries Ltd*¹ gesê:

"They are sentences from an extempore judgment as sound and sensible as all the utterances of that great judge; but I fancy that he would have been rather surprised if he could have foreseen that these general remarks of his would come to be a favourite citation of a supposed principle of law, and I even think that he might sympathise with the occasional impatience of his successors when The Moorcock is so often flashed before them in that guise."

Afgesien van die klaarblyklike fiktiewe basis van die implikasie van hierdie soort bedinge, is dit ook onteenseglik so dat die howe, onder die dekmantel van 'n soeke na die bedoeling van die partye, eenvoudig *ex cathedra*, objektief, bedinge in die kontrak inlees volgens die oordeel van die hof van wat redelik en billik onder die omstandighede is. Hierdie waarheid is deur Lord Denning in die *Court of Appeal* in *Greaves and Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*² as volg verwoord:

"It has often been stated that the law will only imply a term when it is reasonable and necessary to do so in order to give business efficacy to the transaction; and, indeed, so obvious that both parties must have intended it. But those statements must be taken with considerable qualification. In the great majority of cases it is no use looking for the intention of both parties. If you asked the parties what they intended, they would say that they never gave it a thought; of, if they did, the one would say that he intended something different from the other. So the courts imply – or, as I would say, impose – a term such as is just and

¹ *Supra* op 124.

² [1975] 3 All ER 99 op 103.

reasonable in the circumstances. Take some of the most familiar of implied terms in the authorities cited to us. Such as the implied condition of fitness on a sale of goods at first implied by the common law and afterwards embodied in the Sale of Goods Act 1893. Or the implied warranty of fitness on a contract for work and materials: Young & Marten Ltd v McManus Childs Ltd. Or the implied warranty that a house should be reasonably fit for human habitation: see Hancock v BW Brazier. And dozens of other implied terms. If you should read the discussions in the cases, you will find that the judges are not looking for the intention of both parties; nor are they considering what the parties would answer to an officious bystander. They are only seeking to do what is in all the circumstances reasonable. That is how Lord Reid put it in Young & Marten Ltd v McManus Childs Ltd and Lord Upjohn said quite clearly that the implied warranty is 'imposed by law'.¹

Die redelikheid en billikheid is egter geen grondslag *per se* nie. Agter hierdie begrippe lê 'n verbintenisskeppende grondslag, wat niks anders as vertrouensbeskerming kan wees nie. Lees mens die Engelse uitsprake, is dit dan ook duidelik dat dit hier om die beskerming van die redelike vertrouwe gaan: "*reasonableness*" is slegs maar 'n kriterium of aanwyser om te bepaal of 'n redelike vertrouwe voorhande is.

Samevattend

Die implikasie van gewoontes en gebruike en van statutêre terme geskied oënskynlik op die basis van die vermoedelike bedoeling van die partye. Dit is

¹ Sien ook *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696 op 728 en die kritiek van Lord Denning op die fiktiewe basis van die *presumed intention*-benadering in sy boek *The Discipline of Law* 1979 op 41 ev. Sien ook AL Corbin *Recent Developments in the Law of Contracts* (1937) 50 Har. L Rev. op 449 op 466. Vir verdere literatuur en kritiese analise sien Leon E Trakman *Frustrated Contracts and Legal Fictions* (1983) 46 Modern Law Review op 39 ev.

'n fiksie. Die ware *ratio* is vertrouensbeskerming. Die implikasie van terme buite hierdie twee terreine deur die howe geskied op die basis van redelikheid en billikheid, wat op hul beurt maar slegs kriteria is vir vertrouensbeskerming.¹

SUID-AFRIKA

Ons aanvullingsbeginsels is nog steeds omstrede en so ook die terminologie wat op hierdie gebied gebruik word. In die lig van die ontleding wat JP Vorster in sy proefskrif *Implied terms in the Law of Contract in England and South Africa*² gedoen het, is ek nie van voorneme om die terminologiese verskille in ons uitsprake en onder ons skrywers weer te ontleed nie. By ontleding blyk dit dat aanvulling geskied telkens wanneer die uitdruklik-bedonge terme nie vir 'n sekere situasie of probleem voorsiening gemaak het nie. Die *leemte* moet dus *aangevul* word. Die wyse van en agterliggende beginsels by die aanvullingsproses verskil egter na gelang van die feite en die behoefte vir aanvulling in elke besondere geval.

Dit wil voorkom asof die volgende sistematiek gevolg kan word:

Eerstens aanvulling van regsweë deur die inlees van *naturalia*; (*residual provisions*; *legal incidents*, soms verkeerdelik '*implied terms*' genoem:

Hierdie kategorie van aanvullingsgevalle en -beginsels word dikwels in die Engelse reg en hier te lande beskryf as een wat betrekking het op die vind van *implied terms* of, in Afrikaans, *geïmpliseerde bedinge* of inbegrepe bedinge.³

¹ Sien ook Collins *Essays* 1997 op 222: "But in truth the three accepted grounds for the implication of terms confer ample discretion upon the courts to shape the terms of contracts, which can be exercised in a way such that the terms of a contract reflect considerations of fairness and reasonableness." Sien ook *Essays* op 228.

² Cambridge 1987 op 118 ev.

³ Sien Vorster *Implied Terms* 1987 op 15-17 vir die Engelse reg en 115-125 vir die Suid-Afrikaanse beslissings en skrywers.

Die duidelikste omskrywing van wat in die Suid-Afrikaanse reg onder 'n geïmpliseerde beding bedoel word, is dié van Corbett Wnr AR in *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*.¹

"In legal parlance the expression 'implied term' is an ambiguous one in that it is often used, without discrimination, to denote two, possibly three, distinct concepts. In the first place, it is used to describe an unexpressed provision of the contract which the law imports therein, generally as a matter of course, without reference to the actual intention of the parties. The intention of the parties is not totally ignored. Such a term is not normally implied if it is in conflict with the express provisions of the contract. On the other hand, it does not originate in the contractual consensus: it is imposed by the law from without. Indeed, terms are often implied by the law in cases where it is by no means clear that the parties would have agreed to incorporate them in their contract. Ready examples of such terms implied by law are to be found in the law of sale, e.g. the seller's implied guarantee or warranty against defects; in the law of lease the similar implied undertakings by the lessor as to quiet enjoyment and absence of defects; and in the law of negotiable instruments the engagements of drawer, acceptor and endorser as imported by secs. 52 and 53 of The Bills of Exchange Act 34 of 1964. Such implied terms may derive from the common law, trade usage or custom, or from statute. In a sense 'implied term' is, in this context a misnomer in that in content it simply represents a legal duty (giving rise to a correlative right) imposed by law, unless excluded by the parties, in the case of certain classes of contracts. It is a naturalium of the contract in question."

Die *implied term* wat regter Corbett hier beskryf, is dus 'n kontraksbeding wat van regsweë in die kontrak ingelees word en, in geval van 'n geskil daaroor, deur 'n hof as deel van die besondere kontrak tussen die partye as sodanig verklaar word. Om daardie rede is daar beswaar teen die benaming,

¹ 1974 (3) SA 506 (A) op 531.

insoverre dit kan voorgee dat die beding soos ander bedinge voortspruit uit ooreenkoms, *in casu* stilswyende ooreenkoms, tussen die partye. Wat die kategorie tans onder bespreking betref, is dit egter juis *nie* die geval nie: die besondere verpligting word van regsweë *ingelee*s. Daarom verkies Kerr¹ die benaming, vir hierdie gevalle, *residual provisions* en Vorster² die benaming *legal incidents*.

Hoe dit ook al sy, daar bestaan darem eenparigheid³ dat kontraktuele verpligtinge van regsweë gekonstrueer (oftewel *ingelee*s) kan word op die basis dat die besondere verpligting in die besondere geval geld vanweë:

- (i) wetgewing
- (ii) die presedente-stelsel
- (iii) gewoontereg, of
- (iv) die gemene reg.

Gewoonlik word handelsgebruike ook in hierdie kategorie ingedeel, maar ek behandel dit afsonderlik ten einde te bepaal of die inlees daarvan op dieselfde basis as in die genoemde vier gevalle plaasvind.

In bogenoemde vier gevalle word die betrokke verpligting *ingelee*s, omdat dit van regsweë geld.⁴ Dit beteken nie dat mens die uitdruklike of stilswyende terme (in die sin van ooreengekome terme) tussen die partye — en dus hul *consensus* — moet of kan ignoreer wanneer dit kom by die vraag of 'n verpligting van regsweë *ingelee*s kan word nie. Die partye se *consensus* kan aandui dat hulle feitelik bedoel het dat die betrokke regsverpligting nie sal

¹ (1972) 89 SALJ op 19 en (1974) 91 SALJ op 121. Sien ook die goeie bespreking deur Kerr in *The Principles of the Law of Contract* 2002 op 370 ev.; Christie *Law of Contract* 2001 op 181 ev.

² 1987 op 15-17, 146 ev.

³ Sien Vorster 1987 op 146 ev.; Christie *Law of Contract* 2001 op 181 ev.; Kerr *Principles* 2002 op 370 ev.; *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration supra* op 531.

⁴ Sien die *dictum* van Corbett Wn. AR in *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration, supra*, hierbo aangehaal.

geld nie of dat dit beperk of gewysig word, soos wat Corbett Wn AR in die aangehaalde passasie aantoon. So byvoorbeeld kan die regsverpligtinge in verband met verborge gebreke in 'n koopsaak met 'n ingelese voetstoots-beding uitgesluit word.¹

Op welke grondslag word hierdie verpligtinge in 'n kontrak *ingelees*? Dit is vir ons doeleindes die belangrike vraag.

Volgens Corbett Wn AR in die *McAlpine*-saak word die verpligtinge tans onder bespreking van regsweë ingelees (*... it is imposed by the law from without ...*) en dit ontstaan nie uit die *consensus* tussen die partye nie (*... it does not originate in the contractual consensus ...*). Die tipe verpligting:

“... simply represents a legal duty (giving rise to a correlative right) imposed by the law, unless excluded by the parties, in the case of certain classes of contracts. It is a naturalium of the contract in question.”

In dieselfde uitspraak verduidelik regter Corbett² dat die *ingelese* beding (*implied term*) wesenlik 'n gestandaardiseerde reël is.

“amounting to a rule of law which the Court will apply unless validly excluded by the contract itself. While it may have originated partly in the contractual intention, often other factors, such as legal policy, will have contributed to its creation.”

Met laasgemelde sin bedoel regter Corbett klaarblyklik om aan te dui dat hierdie soort *implied terms* uit historiese terme ontstaan het, omdat dit gebruiklik was vir partye om aldus ooreen te kom, welke gebruik later tot 'n regsreël verhef is, byvoorbeeld ten opsigte van plek en tyd van lewering van

¹ Sien ook Christie *Law of Contract* 2001 op 179.

² Op 532.

prestasie. Ander, weer, het ontstaan as gevolg van ou wetgewingsdade, soos byvoorbeeld die aediliesiese aksies by die koopkontrak. Hierdie siening is die algemene een in ons reg.¹

Lubbe en Murray² meen dat gemelde verpligtinge, die sogenaamde *naturalia* van elke besondere tipe kontrak, bestaan uit "... *supplementary rights and duties which are imported by operation of law into an agreement upon its conclusion, at least in the absence of clauses excluding them*". Die genoemde skrywers maak ook die belangrike stelling dat "(t)he *naturalia* of the various specific contracts known to South African law are based on romantic notions of reasonableness and fairness,³ and as such they constitute an objective determinant of the contractual content based considerations of policy and the dictates of good faith.⁴ ... The fact that *naturalia* are expressions of legal policy implies that the concept is not a static one, but that the contours of liability under existing *naturalia*, and indeed new types of *naturalia*, may very well develop over time in response to the demands of changed circumstances."

Met hierdie opmerkings wil ek my vereenselwig en my standpunt dan só formuleer: hierdie sogenoemde *implied terms* van ons reg is geen terme of bedinge waarvoor die partye by implikasie of stilswyend ooreengekom het nie, maar regsverpligtinge wat van regsweë die besondere kontrak beheers. Daardie verpligtinge word van regsweë in die kontrak ingevoer juis omdat die objektiewe reg bepaal of voorskryf dat hulle aldus ingevoer moet word. Wanneer partye dus kies om 'n kontrak van 'n bepaalde soort aan te gaan, weet hulle of moet hulle weet dat dit geskied teen die agtergrond van regsbepalings, sommige waarvan dwingend is en nie uitgesluit kan word nie

¹ Christie *Law of Contract* 2001 op 182 ev.; Kerr *Principles* 2002 op 344 ev.; Vorster 1987 op 136 ev.

² *Law of Contract* 1988 op 422.

³ Met 'n beroep op *A Becker & Others Becker & Co (Pty) Ltd v Becker* 1981 (3) SA 406 (A).

⁴ Met 'n beroep op die *McAlpine*-saak.

(bv. reëls met betrekking tot ongeoorlooftheid), sommige waarvan reëlend is en wat sal geld, tensy dit uitgesluit word (die sogenaamde *naturalia*). Dit is egter, myns insiens, onnodig om in hierdie gevalle te werk met 'n veronderstelde of stilswyende *consensus* tussen die partye dat die *naturalia* sal geld. Om op *consensus* in hierdie verband terug te val, skyn my onnodig te wees, want die *naturalia* geld reeds van regsweë. Dit is ook onnodig om *consensus* by te sleep, want meestal sal dit neerkom op 'n fiktiewe *consensus*.

Waar dieperliggende regs- of morele regverdiging gevind moet word vir die gelding van die *naturalia* in 'n bepaalde kontraksituasie, meen ek dat dit gevind moet word in die vertrouensleer, die ratio waarvan gevind moet word in die normskeppende rol van die gemeenskap en sy *mores*. Soos reeds meermale al te kenne gegee (o.a. deur Fried en Van Nieuwenhuizen), laat die gemeenskap die partye toe om deur hul outonomie bepaalde regsgevolge deur een- en tweesydigte handeling tot stand te bring. Die gemeenskap stel egter 'n bepaalde raamwerk daar waarbinne hierdie handeling verrig moet word. Slegs handeling wat daarin val, sal deur die gemeenskap erken en van 'n sanksie voorsien word. Die raamwerk bestaan uit regs- en morele reëls wat dus geld vir elke handeling van 'n persoon. Soms laat die raamwerk 'n party of partye toe om van die geldende reëls te kies deur sommige uit te sluit of te wysig – byvoorbeeld deur die maak van 'n testament kies jy om nie die reëls van die intestate erfreg te laat geld nie; in die kontraktereg kan die partye ooreenkom om sommige *naturalia* (bv. aanspreeklikheid vir verborge gebreke in die koopsaak) uit te sluit of te verander. Dit is dus *nooit consensus* alleen wat die kontrak skep en vorm tot wat dit is nie, maar *consensus* binne die gemeenskapsraamwerk van regs- en morele reëls. *Hierdie raamwerk sluit in dat partye tot 'n ooreenkoms daarop mag vertrou dat daardie regsreëls wat gewoonlik tot die bepaalde soort kontrak hoort, sal geld. Die party wie se vertroue 'reg' is, in die sin dat dit met die standaard-norm ooreenstem, word beskerm teenoor die ander een wie se aanspraak strydig is met die norm.* Ek sluit my dus aan by die verduideliking van Lord Diplock in *Hardwick Game Farm*, hierbo bespreek.

Die standpunt hierbo geformuleer, word gesteun, so doen ek aan die hand, deur enige uitsprake van ons hoogste hof van appèl in meer moderne tye. Ek verwys hier veral na die *McAlpine*-beslissing¹ die beslissing van Jansen AR in *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis*,² Van Heerden Wn AR in *Becker & Co v Becker*³ en Van Heerden AR in *Histor Boerdery (Edms) Bpk v Barnard*.⁴

Eenmaal as bogemelde basis vir die inlees van regsverpligtinge van regsweë in 'n kontrak ontbloot is, is dit ook moontlik om die gedurige vernuwingsproses op hierdie gebied van die kontraktereg te verstaan. Daar is, soos Van Heerden Wn AR in die *Becker*-beslissing gesê het, geen *numerus clausus* van *naturalia* nie. Ons reg het die vermoë om hom uitmuntend by veranderde omstandighede en behoeftes aan te pas en om nuwe *naturalia* te ontwikkel, meestal na analogie van bestaande *naturalia* maar, waar nodig, volgens die gees van ons reg en die vereistes van die gemeenskap. Talle beslissings van ons hof getuig van hierdie proses, wat nie soseer een is van *jus dicere* nie, maar van *jus facere*. Leemtes in bestaande *naturalia* word op die wyse aangevul en daarmee ook die leemte wat in die betrokke kontraktuele verhouding om aanvulling vra.

Die bogemelde ontledings beantwoord op afdoende wyse die vraag of *nuwe naturalia* erkenning mag kry.⁵ Ons hof deins immers, in die algemeen, nie terug om op grond van morele oorwegings en die riglyne van billikheid en geregtigheid nuwe weë te baan nie, veral nie op onderhawige gebied nie. Treffend is dan ook die woorde van Botha R in *Rand Bank Ltd v Rubenstein*.⁶

¹ *Supra*.

² 1980 (1) SA 645 (A).

³ 1981 (3) 406 (A).

⁴ 1983 (1) SA 1091 (A).

⁵ Vgl. Vorster *Implied Terms* 1987 op 146 vir verdere detail.

⁶ 1981 (2) SA 207 (W) op 215 E-F.

"A judge must often, in the exercise of his judicial function, move about in areas of relative uncertainty, where he is called upon to form moral judgements without the assistance of precise guidelines by which to arrive at a conclusion ... The application of broad considerations of fairness and justice is almost an every-day occurrence in a court of law ... I do not see why a Judge should shirk from performing this kind of task, however difficult it may seem to be."

Dat die aanvulling van ooreengekome bedinge in 'n bepaalde geval deur die toepassing van (ou en nuwe) *naturalia* nie te rym is met die wilsleer in enge sin nie, is voor die hand liggend. Die *naturalia* geld nie omdat die partye dit wil hê nie, tensy 'n mens van die wil 'n fiksie maak; *dit geld om 'n geregverdigde vertroue op die standaard-norm te beskerm*, soos reeds in die Engelse reg, hierbo bespreek, ingesien is.

In ons reg het die hele onderwerp van die toepassing van *naturalia* in die naam van die grondslae van kontraktuele gebondenheid nog weinig aandag geniet. Vorster¹ bespreek wel die kwessie in sy oorsig van die Engelse reg in meer besonderhede.

Vorster opper kritiek teen die stellings van Lord Diplock. Die basis is dat hy die bevinding dat die partye stilswyend tot sekere terme toegestem het ('n onderwerp wat ek hieronder behandel) en 'n bevinding dat 'n ooreenkoms deur sekere *naturalia* aangevul moet word (die onderwerp wat tans onder behandeling is) op dieselfde grondslag, naamlik die skep van 'n vertroue, plaas. Die onderskeie bevindings berus op heeltemal verskillende gronde. Kennelik vind die inlees van *naturalia* nie plaas omdat een party 'n vertroue by die ander gewek het nie; ook nie omdat daar wilsverklaringe daaroor was nie. Dus, nóg die vertrouensteorie en nóg die verklaringsteorie kan die aanvulling van 'n ooreenkoms deur die inlees van *naturalia* verklaar, aldus Vorster.

¹ 1987 op 111.

Aangesien die *naturalia* die skering en inslag van alle kontrakte vorm, tewens die agtergrond waarteen hul gesluit word, en aangesien die *naturalia* dikwels die oorgrote meerderheid van kontraktuele verpligtinge tussen twee bepaalde partye daarstel, kan 'n grondslag wat nie hierdie verskynsel kan verklaar nie, beswaarlik as *die* of 'n grondslag van kontraktuele gebondenheid aanvaar word. En om die vraag in die lug te laat, is ook nie goed genoeg nie. Na my mening moet Lord Diplock se pas bespreekte *dictum* nie alleen onderskryf word nie, maar van harte verwelkom word vir die insig wat dit gee ten aansien van *vertrouensbeskerming* ook op die gebied nou ander bespreking. Deur kontraksluiting onderwerp die partye hul aan 'n gemeenskapsinstelling (kontraktering) wat wedersydse verwagtinge verwek ten aansien van die gevolge van die kontrak. Een van daardie verwagtinge is dat as daar leemtes in die afspraak is, 'n hof die ooreengekome bedinge kan aanvul: dit moet immers die redelike verwagting van alle redelike kontrakterende partye wees. *Aanvulling deur die inlees van naturalia berus dus eenvoudig op vertrouensbeskerming.*

Die insigte hierbo gewin, noop ons dus om ons visie ten opsigte van die grondslag van kontraktuele gebondenheid aansienlik te verbreed. Daaroor veel meer later. Vir eers keer ek terug na die ander wyses waarop leemtes in 'n ooreenkoms aangevul kan word.

(b) Handelsgebruike

Ons reg het op onderhawige gebied die Engelsregtelike onderskeid tussen 'n gewoonte (*custom*) en 'n handelsgebruik (*trade usage*) aanvaar.

In die Engelse reg is 'n *custom* "... a particular rule which has existed either actually or presumptively from time immemorial and obtained the force of law in a particular locality although contrary to, or not consistent with, the general common law of the realm ... A custom cannot extend to the whole realm, nor can it embrace every member of the public, for, in either case, it would then

amount to the common law of the land."¹

Daarenteen is 'n handelsgebruik iets anders:

"Immemorial local customs are clearly distinguishable from particular trade or local usages, although in practice frequently confused with them. The latter have chiefly to be considered in cases where they have been, or it is intended that they should be, imported as express or implied terms into commercial or other contracts: they lack three of the distinguishing features of customs properly so called. First, they need not have existed from time immemorial. Secondly they need not necessarily be confined to a limited locality but they may in fact be thus confined, as in the case of agricultural usages. Thirdly usages, however extensive, if contrary to positive law will not be sanctioned by the courts, while customs may be inconsistent with the general law of the realm."

Die belangrikste praktiese verskil tussen 'n gewoontereël en 'n handelsgebruik is dan, soos blyk uit die aangehaalde passasie, dat eersgenoemde ontstaan het as 'n wysiging van die bestaande reg, terwyl 'n handelsgebruik juis in ooreenstemming met die bestaande reg moet wees.²

Dit is nie hier die plek om die vereistes ten aansien van die erkenning enersyds van gewoontereëls en andersyds van handelsgebruike te ontleed nie.³ Vir ons is die belangrikste vraag: wat is die regs wetenskaplike verklaring vir die feit dat 'n bepaalde handelsgebruik deel van 'n bepaalde kontrak word en dus regte en verpligtinge vir die partye skep nieteenstaande die feit dat hulle nie daarvoor ooreengekom het nie?

¹ Halsbury *Laws of England* 4th ed. vol. 12, par. 401-402.

² Christie *Contract* 2001 op 185-186.

³ Sien Christie *Contract* 2001 op 184 ev.; Lubbe en Murray *Contract* 1988 op 414-425.

Mens kan immers in hierdie geval nie terugval op die inkorporasie van die betrokke handelsgebruik as deel van die *naturalia* van die kontrak nie, omdat dit juis nie as regsreël tot wasdom gekom het nie. Mens moet egter myns insiens in hierdie gevalle weer steun op *vertrouensbeskerming*, veral waar albei die partye bewus was of moes gewees het van die handelsgebruik.¹ In hierdie gevalle gaan dit dus om 'n uitleg en aanvulling van die kontrak teen die agtergrond van beide partye se kennis en die objektiewe feite om te bepaal wat wat die redelike vertroue van die partye in die besondere geval verg.²

(c) Stilswyende bedinge (*tacit terms*)

Corbett Wn AR het 'n stilswyende beding in die betekenis tans ter sprake in *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*³ omskryf as “*an unexpressed provision of the contract which derives from the common intention of the parties, as inferred by the Court from the express terms of the contract and the surrounding circumstances. In supplying such an implied term the Court, in truth, declares the whole contract entered into by the parties.*”

Vir huidige doeleindes is die kernvraag: op welke regswetenskaplike basis vind aanvulling deur die inlees van stilswyende bedinge plaas? In gedeeltelike aansluiting by Vorster⁴ doen ek aan die hand dat die volgende gevalle van mekaar onderskei moet word:

1. Die implikasie van onuitgesproke bedinge op die basis van uitleg van die ooreenkoms.

¹ Sien *Absa Bank Ltd v Blumberg and Wilkinson* 1995 (4) SA 403 (W) op 409 H.

² Sien bespreking hieronder en Christie *Law of Contract* 2001 op 184.

³ *Supra* op 531-2.

⁴ 1987 op 122-124.

2. Die implikasie van onuitgesproke bedinge op die basis van die vermoedelike bedoeling van die partye (die *Moorcock*-beginsel).

Ek behandel hierdie gevalle vervolgens in hooftrekke ten einde die regswetenskaplike grondslag van elke geval of proses te probeer vind. Slegs detail wat vir daardie doel van belang is, word bespreek.¹

Implikasie gebaseer op uitleg van die kontrak

Vorster² moet gelyk gegee word dat wat die howe probeer doen in hierdie gevalle is om die werklike, feitelike maar onuitgesproke gemeenskaplike bedoeling van die partye deur uitleg te vind. Gemelde bedoeling moet op 'n oorwig van waarskynlikhede deur die bewyslasdraer bewys word.³

Die proses wat deur die howe gevolg word (soms onbewustelik) om gemelde resultaat te bereik, is die volgende:

- (a) Die uitdruklike terme van die kontrak moet bewys word, asook die agtergrond of omringende omstandighede.⁴
- (b) Daar moet bepaal word of die probleem voor hande nie opgelos kan en moet word nie deur die toepassing van *naturalia* of handelsgebruike, na gelang van die geval. Dit behels onder andere 'n bepaling van die aard en doel van die kontrak en die toepaslike regsreëls en handelsgebruike.⁵

¹ Die belangstellende leser word vir verdere detail verwys na die werk van Vorster en, ten aansien van die huidige positiewe reg, Christie *Contract* 2001 op 120 ev.; Kerr *Principles* 2002 op 354 ev..

² *Implied Terms* 1987 op 122-124.

³ *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz* 1971 (3) SA 188 (A) op 197 A.

⁴ *Cape Fabrix (Pty) Ltd v Swart* 1979 (1) SA 195 (A); Vorster *Implied Terms* 1987 op 105-106.

⁵ Vorster *Implied Terms* 1987 op 105-106.

- (c) Slegs indien die probleem nie aldus opgelos kan word nie, moet die ortodokse reëls van uitleg van kontrakte toegepas word.¹
- (d) Soos reeds aangetoon by die bespreking van uitleg, gaan dit dus hier in die laaste instansie om *vertrouensbeskerming*.

Dat die vertrouensteorie hier, net soos by gevalle van *dissensus*, 'n nuttige en trouens noodsaaklike funksie vervul, is voor die hand liggend. Alhoewel, soos Vorster² tereg aantoon, die toepassing van die beginsel nie altyd uitdruklik deur die hof erken word nie, word dit wel toegepas en ook soms *eo nomine* erken. 'n Voorbeeld is te vinde in die minderheidsuitspraak van Jansen AR in *Société Commerciale de Moteurs v Ackermann*³ en van Steyn HR in *Volkscas v Van Aswegen*.⁴

Implikasie op die basis van die vermoedelike bedoeling van die partye (die sogenaamde *Moorcock*-beginsel)

Dis wat ek gerieflikheidshalwe die *Moorcock*-beginsel sal noem, en wat volledig hierbo ten opsigte van die Engelse reg bespreek is, is in ons reg oorgeneem, alhoewel dit nie so genoem word nie.⁵ Nietemin bestaan daar ongelukkig nie altyd helderheid oor welke beginsel toegepas word nie - implikasie *ex consensu*, of weens vertrouensbeskerming dan wel 'n *sui generis*-beginsel nie.⁶ Vir ons doeleindes is dit van belang om slegs op

¹ Vorster *Implied Terms* 1987 op 105-106 wys tereg op die gevaar om prosesse (2) en (3) om te ruil, o.a.: "A legal rule formulated under the guise of construction is likely to lack the clarity of content and quality of substance of a legal rule formulated as a legal incident." Sien ook sy bespreking op 198-199.

² *Implied Terms* 1987 op 131-132.

³ 1981 (3) SA 422 (A) op 430 E.

⁴ 1961 (1) SA 493 (A) op 496 G.

⁵ Sien hieroor Vorster *Implied Terms* 1987 op 160 ev.; Christie *Contract* 2001 op 191 ev.; Kerr *Principles* 2002 op 354 ev.

⁶ Vorster *Implied Terms* 1987 op 161 hieroor.

enkele reëls van ons positiewe reg insake die toepassing van die *Moorcock*-beginsel te wys.

(i) Die implikasie berus nie op 'n werklike subjektiewe *consensus* nie

Op hierdie gebied het, ten minste aanvanklik, aansienlike verwarring geheers. Die opvatting was dat die *Moorcock*-beginsel daarop gerig is om die *werklike*, feitelike bedoeling van die partye vas te stel. So, byvoorbeeld het Millin R in *Rapp and Maister v Aronovsky*¹ in die slagyster getrap:

"It has often been pointed out that it is not sufficient to show that the term would be highly reasonable or convenient to one or other or even both of the parties. The cases show that the Court has to be continually on its guard against being persuaded to introduce a term which, on analysis of the argument appears to be no more than a term which would make the carrying out of the contract more convenient to one of the parties or to both of the parties and might have been included if the parties had thought of it and if they had both been reasonable. You are not to imply the term merely because if one of the parties or a bystander had suggested it you think only an unreasonable person would have disagreed. You have to be satisfied that both parties did agree."

En in *Barnabas Plein & Co v Sol Jacobson and Son*² het Stratford AR 'n verdere fout begaan, toe hy gesê het:

"The true view appears to me to be that you have to get at the intention of the parties in regard to a matter which they must have had in mind, but which they have not expressed."

Beide bogenoemde *dicta* is verkeerd. Kragtens die *Moorcock*-beginsel word nie gesoek na 'n werklike maar onuitgesproke bedoeling van die partye nie.

¹ 1943 WLD 68.

² 1928 AD 25 op 31.

maar word 'n term waaroor redelike mense in die posisie van die partye op 'n oorwig van waarskynlikhede sou ooreengekom het as hulle aandag by kontraksluiting op die leemte gevestig was, geïmputeer.¹

(ii) Blote redelikheid van die beding is nie voldoende nie

Die beginsel het in die Engelse reg ontwikkel dat 'n beding nie geïmputeer mag word bloot omdat dit na die mening van die hof 'n redelike een sou wees nie. In *Damlyn & Co v Wood & Co*² het Lord Esher verklaar:

"I have for a long time understood that rule to be that a court has no right to imply in a written contract any such stipulation, unless, on considering the terms of the contract in a reasonable and business manner, an implication necessarily arises the parties must have intended the suggested stipulation should exist It is not enough to say that it would be a reasonable thing to make such an implication. It must be a necessary implication in the sense that I have mentioned."

Hierdie beginsel is in ons reg oorgeneem, onder andere in *Union Government v Fauz Ltd*;³ *Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd*⁴ en *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz*.⁵

Dit is egter moeilik om hierdie beginsel werklik vas te vat. Klaarblyklik behoort 'n hof nie 'n term wat onbillik en onredelik is, te imputeer nie.⁶

¹ Sien ook vir 'n korrekte siening van die aangeleentheid, Colman R in *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 (3) (SA) (W) op 236-7; *Van den Berg v Tenner* 1975 (2) SA 268 (A) op 277 D; *Alfred McAlpine & Sons (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 (3) SA 506 (A) op 632 A en *Richard Ellis South Africa (Pty) Ltd v Miller* 1990 (1) SA 453 (T) op 460 D-E.

² [1891] 2 QB 494.

³ 1916 AD 105 op 112.

⁴ 1952 (1) SA 221 (A) op 214.

⁵ 1971 (3) SA 188 (A) op 209.

⁶ Sien bespreking by Vorster *Implied Terms* 1987 op 162-3.

Hieruit kan mens dalk aflei dat die toets vir imputasie van 'n beding volgens die *Moorcock*-beginsel nie *objektief* is nie. Tog, andersyds, is daar die reël dat 'n party wat ontken dat hy tot 'n redelike beding sou toegestem het, nie geglo word nie. So byvoorbeeld sê Wessels Wn AR in *Administrator (Tvl) v Industrial and Commercial Timber and Supply Co Ltd*:¹

"Are we to consider the intention of the particular individual who enters into the contract? Suppose that he asserts: 'I thought of this matter but I purposely made no mention of it, because I thought that by keeping quiet I might avail myself of the fact that the owner himself was not mentioned in the grant'; are we to say that this concludes the matter and that therefore the term cannot be implied? In my opinion the Court is not bound to accept his assertion. The Court is to determine from all the circumstances what a reasonable and honest person who enters into such a transaction would have done, not what a crafty person might have done who had an arrière pensée to trick the other party into an omission of the term."

Die twee stellings, enersyds dat 'n hof nie 'n term sal imputeer slegs omdat dit redelik is nie en andersyds dat, wat ook al die getuienis van een van die partye, die hof daardie beding waartoe 'n redelike en eerlike kontraktant sou ingestem het, sal imputeer, is oënskynlik botsend.

Dit verloën ook die aangevoerde basis van die nie putasie van 'n beding, naamlik die vermoedelike bedoeling van *albei* partye. Dit blyk uit die uitspraak van die Appèlhof in *Wilkins NO v Voges*.² Die koper koop 'n grondstuk met die oog op toekomstige dorpsgebied-ontwikkeling. Nadat hy 'n gedeelte van die koopprys betaal het, beweer hy dat die verkoper by die kontraksluiting geweet het dat 'n openbare pad oor die grondstuk oorweeg

¹ 1932 AD 25 op 33.

² 1994 (3) SA 130 (A).

word en dat die grondstuk nie vir dorpsgebiedontwikkeling goedgekeur sal word nie. In plaas daarvan om hom op 'n wanvoorstelling (verswyging) deur die verkoper te verlaat, pleit die koper 'n "*tacit term*" tot die effek dat geen hindernisse tot die dorpsgebiedontwikkeling bestaan nie en ook die verkoper onbewus is van enige sodanige hindernisse. Die hof (per Nienaber AR) bevind dat sou die koper se bewerings dat die verkoper van die hindernis bewus was, die waarheid sou blyk te wees, die beweerde beding nie ingelees kan word nie. 'n *Dictum* in *Administrator, Transvaal v Industrial and Commercial Timber and Supply Co Ltd*¹ waardeur die indruk geskep is dat wat ook al die bedoeling van die ware party was, die opvatting van die denkbeeldige redelike persoon geld, is verwerp as 'n oorvereenvoudiging. Die geleerde regter verklaar:²

*"Tot the extent that this **dictum** fosters the impression that the enquiry is C directed at the intention not of the actual parties to the agreement but of archetypes of reasonable men, it may be an oversimplification. One is certainly entitled to assume, in the absence of indications to the contrary, that the parties to the agreement are typical men of affairs, contracting on an equal and honest footing, without hidden motives and reservations. But when the facts show that the one or the other had special knowledge, which would probably have had a bearing on his state of mind, that fact cannot simply be ignored. For otherwise the enquiry as to the existence of the tacit term becomes a matter of invention, not intention. **Ex hypothesi** the parties are not communicating with one another on the matter in issue. Hence there is no room for a **reservatio mentalis** on the part of the one or the other."*

Waar laat dit ons met betrekking tot die *Moorcock*-beginsel, soos deur ons howe toegepas en die grondslag van kontraktuele gebondenheid?

Ek doen die volgende afleidings aan die hand:

¹ 1932 AD 25 op 33.

² Op 141 C-E van die verslag.

Die imputasie van kontraksbepalinge in ons reg volgens die *Moorcock*-beginsel is nie met die wilsleer te rym nie. Diegene wat sodanige imputasie in die matrys van die wilsleer probeer indwing, moet noodwendig terugval op *vermoedelike* bedoeling, wat in wese niks anders is as 'n fiktiewe bedoeling nie. Ek het reeds voorheen¹ aangetoon dat daar in verskeie regstelsels stemme opgaan teen die fiksie - verklaring van bepalinge wat volgens die *Moorcock*-gedagtegang geïmputeer word.

In Nederland het P Scholten² tereg verklaar:

“Zegt men dat partijen iets stilzwijgend overeengekomen zijn waaromtrent ze heelemaal niets overeenkwamen omdat ze er niet aan dachten, dan werkt men met onnoodige ficties, doet men een beroep op de ‘redelijke bedoeling’ van partijen, dan is het de redelijkheid - d.i. de overtuiging van den rechter wat behoort - niet de bedoeling van partijen die den doorslag geeft. ... Hij moet daarbij letten zoo op de maatschappelijke beteekenis der contractsverhouding (den aard der verbintenis) als op het bevredigende der resultaten. De partijwil stelt hem grenzen en kan hem leiden, maar het heeft geen zin met een partijwil te werken, waar die niet bestaat. Ficties zijn hulpmiddelen om ons over moeilijkheden heen te helpen, maar ze moeten toch zoo snel mogelijk worden prijs gegeven.”

Prof. EM Meyers³ meen dat agter die fiksie van *consensus* die realiteit van die goeie trou en billikheid opgeslote lê. Volgens hom is dit verkeerd om, wanneer onvoorsiene omstandighede na kontraksluiting opduik, te vra: wat sou die bedoeling van die gemiddelde kontrakspartye gewees het, met die

¹ *Legal Fictions: An Analysis and Evaluation* Leiden 1973 op 132 ev.

² In 'n nota op HR 11 Maart 1926 NJ 1926 op 509.

³ *Goede Trouw en Stilzwijgende Wilsverklaring* in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* Leiden 1995 op 296 ev.

implikasie dat wat die gemiddelde partye sou gedoen het ook deur die betrokke kontrakspartye gedoen en gewil is. Die korrekte vraag is: wat behoort deur redelike mense onder die huidige omstandighede gedoen te word? Die hof moet daarvolgens sy bevel maak.

Volgens Meijers is die agtergrond van die implikasie van terme (ons het dit steeds oor die *Moorcock*-beginsel) dat dit oënskynlik aan 'n judisiële beslissing 'n feitebasis, te wete die bedoeling van die partye gee. Dit versluier ook die feit dat die regter regskeppend optree en eintlik vir die partye 'n kontrak maak:

“... de rechter, argumenteerende met een uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsverklaring geeft zijn beslissing schijnbaar een zuiver feitelijk karakter. Daarmede stelt hij zijn vonnis niet alleen veilig voor cassatie, maar maskeert hij tevens, dat hij rechtscheppend of rechtshervormend bezig is. Nog zijn er vele landen, waarin men hervormingen het liefst aanvaardt, wanneer zij uiterlijk zich niet als zoodanig aandienen. Daarom juist hecht men in Engeland in het vormelijke zoo aan de traditie. En vandaar ook dat men daar wel goed vindt, dat rechters met ouderwetsche pruiken geheel nieuwe principes, vervat in den ouden vorm der implied condition, invoeren, maar dat men zich zou verzetten wanneer geboezeroende heeren, onder nieuw klinkende leuzen, oude reeds vroeger toe gepaste beginselen zouden willen doen herleven.”¹

Meijers meen ook dat partye eerder 'n uitspraak aanvaar wat gelewer word op die basis van dit wat die partye self besluit het, as een waar 'n beding deur 'n regter *ex cathedra* geïmputeer word.²

Meijers het in 1926 reeds voorsien dat die implikasie van stilswyende terme nog lank sal voortleef. Hy bepleit egter die uiteindelijke verwerping daarvan en die openlike erkenning dat geregtigheid 'n rol speel en dat (ook in die

¹ Goede Trouw 298.

² Goede Trouw 1926 op 298 en 299.

kontraktereg) die wil van die partye nie die enigste maatstaf is nie:

“De genoemde praktische voordelen maken inderdaad, dat men in de praktijk nog langen tijd van stilzwijgende voorwaarden en bedingen gebruik zal maken — ook al wordt dit gebruik door de wetenschap afgekeurd. Maar desniettemin geloof ik, dat de wetenschap hier niet het hoofd moet buigen voor de praktijk. Praktisch moge het dan geheel op hetzelfde neerkomen, dat men zich naar de billijkheid richt omdat het recht dit verlangt of dat men er de fictie van partij wil, die aldus verordend heeft, tusschen schuift, het blijft een niet te rechtvaardigen onwaarheid, een spel met woorden. Zelfs in het privaatrecht dient men niet alles te herleiden tot den autonomen wil van partijen, wil men niet bij een contrat social terecht komen. Ook in het privaatrecht dient men een gerechtigheid te rekenen, die niet afhankelijk is van een noodzakelijke bekrachtiging door hem op wien zij toegepast zal worden.”¹

In die Anglo-Amerikaanse reg word die fiktiewe aard van die gebruiklike verklaring vir die *Moorcock*-proses ook erken.

In 1947 het Glanville Williams² reeds opgemerk:

“It is common form among judges to deny that they ever read into a contract or other document anything other than what, in their view, the parties actually intended, and occasionally they have even gone so far as to say that the implication must be collected from the words of the document itself. These statements cannot be taken seriously. ... Courts frequently import into a document terms that are not logically implied in it, and that the parties probably did not think about: or, to say the least, such terms are imported whether or not in the particular

¹ Goede Trouw 1926 op 300.

² 1945 LQR 402.

case it is probable that the parties thought about them."

In die Suid-Afrikaanse reg was dit veral G Findlay en FC Kirk-Cohen wat in 'n belangwekkende artikel¹ op die fiktiewe aard van die implikasie van bedinge gewys het.

*"Fictitious interpretation attributes to the parties an intention or an agreement upon some aspect of their transaction which admittedly they did not entertain ... The fact is that today justice in some cases demands something less than a complete discharge of the contract. What it requires is the judicial modification of its terms. The English and South African courts stop short of this. They are confronted by the time-honoured rule that the parties must make their own contracts; it is not the function of the court to do this for them. Since it touches the power and jurisdiction of courts of law, a modification of the terms of a contract is ruled out. However just such a solution may be, the court declines to embark upon it. It is here that the stage is set for the introduction of the legal fiction. The rigid principle against the judicial modification of contract must remain inviolate. But the court can 'interpret' the contract. That is its proper function. And while it remains – or appears to remain – within that function the just solution of the matter can still be achieved. In the consequent 'interpretation' the 'implied term' flourishes like the green bay tree, and we are haunted by a supposed 'intention of the parties' which we often know they did not entertain. The equities creep in through the 'surrounding circumstances' which did not really surround the parties when they made their contract but were merely there as potentialities of which they were quite unaware."*²

Findlay en Kirk-Cohen trek tereg 'n onderskeid tussen die implikasie van terme *ex consensu* en die implikasie op grond van die vermoedelike

¹ (1953) 70 South African Law Journal op 145 ev.

² Op 146, 147.

bedoeling (die *Moorcock*-proses). Laasgenoemde *bedoeling* is 'n blote fiksie:

*"We would suggest that the fiction commences where an intention is attributed to a person which was not in fact entertained; where we move to what the party 'must have had in mind' or 'must be regarded as having had in mind' in order to arrive at an equitable solution; when the coercive force of the word 'must' as here used arises more from the necessity of finding a just solution than from necessary inference as to what the facts really were."*¹

Findlay en Kirk-Cohen meen egter dat die implikasie van bedinge (volgens die *Moorcock*-beginsel) sal voortduur, want:

*"We have not yet found and explained the principles of contractual modification – at least not with sufficient clarity to act upon them boldly as we do under the doctrine of cy pres."*² *It is still only under the cloak of fictitious interpretation that these principles for modification will be developed."*³

Ek stem saam met Vorster⁴ dat die hof nog nie die fiktiewe aard van die *Moorcock*-proses aan die kaak gestel het nie. Dit is jammer, want die volgehoue toepassing van die fiksie het die ware grondslag van die implikasie van kontraktsbedinge naamlik die beginsels redelikheid en billikheid (die goeie trou) versluier en 'n belangrike insig in ons regs wetenskap te lank in die weg gestaan.

Ek meen dat die fiksie dat die hof die bedoeling van die partye soek wanneer die *Moorcock*-beginsel toegepas word en dat die hof nie 'n kontrak vir die

¹ Op 149.

² In die Trustreg.

³ Op 152.

⁴ 1987 op 170-180.

party maak nie, deur die geniale Lord Denning in *Greaves and Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*,¹ volledig aan die kaak gestel is. Die waarheid is dat die hof terme inlees volgens dit wat, objektief gesproke, in die betrokke geval redelik, billik en doelmatig is.

Eenmaal as hierdie insig bereik is, is die weg oop om te konstateer dat die inlees van hierdie soort bedinge op vertrouensbeskerming berus: beide partye kan immers kontrakteer op die vertroue dat leemtes in hul kontrak deur 'n hof aangeval sal word op die basis van redelikheid en billikheid.

SAMEVATTEND

Die gevolgtrekkings in hierdie hoofstuk kan vir die gerief van die leser soos volg saamgevat word:

Die Franse reg:

Kragtens art. 1135 van die Cc word kontrakte aangevul deur

- (i) gewoonte;
- (ii) die reg;
- (iii) *billikheid*.

Die Nederlandse reg:

Kragtens arts. 6:248 lid 1 en arti. 6:2 van die NBW word kontrakte aangevul deur:

- (i) die aard van die ooreenkoms;
- (ii) die reg;
- (iii) gewoonte;
- (iv) *redelikheid en billikheid*.

¹ [1975] 1 WLR 1095 (A).

Die Duitse reg:

Kragtens par. 242 van die BGB word kontrakte aangevul deur die *redelikheid en billikheid* met inagneming van die moreel-etiese opvattinge van die gemeenskap (*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*).

Die Engelse reg:

Geen wetteregtelike aanvullingsnorm soos in die drie bogenoemde stelsels bestaan nie, dus moet daar bepaal word wat die norme van aanvulling en die *ratio* daarvoor is.

- (a) By gewoonte en gebruike word bewys van die betrokke gewoonte en gebruik vereis en is die *ratio* volgens Lord Diplock *Hardwick Game Farm v Suffolk Agricultural Poultry Producers Association*¹ die vertrouens-beginsel: “*In offering to enter into a contract of a particular kind a party leads the other party reasonably to believe that he undertakes a legal obligation to perform all those acts which a person entering into a contract of that kind usually performs ...*”.
- (b) Die inkorporasie van wetgewing, so doen ek aan die hand, geskied op dieselfde basis, naamlik vertrouensbeskerming, en dit is dan ook ingesluit by die voorbeelde wat Lord Diplock in *Hardwick Game Farm*² noem.

¹ [1966] 1 WLR 287 (CA) op 339 C-F.

² *Supra*.

(c) **Bedinge ingelees deur die hof buite die hierbo genoemde twee gevalle**

Die Engelse howe werk met die *presumed intention of the parties* met die oog op *business efficacy* en aan die hand van die *officious bystander* toets.¹

Lord Denning in *Greaves and Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*² het die fiktiewe aard van dié benaderingswyse aan die kaak gestel in die *ratio* in hierdie gevalle in die objektiewe *redelikheid en billikheid* gevind, wat die kriterium is vir vertrouensbeskerming.

Die Suid-Afrikaanse reg:

Ook in die Suid-Afrikaanse reg is daar geen wettereregtelike bepaling wat die aanvul van kontrakte beheers nie. Uit die uitsprake van die howe moet die reëls en die agterliggende beginsels bepaal word.

(a) **Aanvulling van regsweë deur die inlees van naturalia (*residual provisions; legal incidents*)**

Volgens Corbett AR in *Alfred McAlpine and Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*³ berus aanvulling in hierdie gevalle nie op die vermoedelike bedoeling van die partye nie. Ek doen aan die hand dat die onderliggende *ratio* die vertrouensleer is op die basis soos deur Lord Diplock in *Hardwick Game Farm, supra*, beskryf.

¹ *The Moorcock* [1889] 14 PD 64, CA op 68; *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)* [1918] 1 KB 592 op 605.

² [1975] 3 All ER 99 op 103.

³ 1974 (3) SA 506 (A) op 531.

(b) **Aanvulling van handelsgebruike**

Ek meen dat, beide in die geval waar die partye bewus was van die handelsgebruik en waar hulle onbewus was, die *ratio* vir die inlees daarvan die vertrouensbeginsel is.

(c) **Die inlees van stilswyende bedinge (*tacit terms*)**

Dit is die mees voorkomende geval. Waar die inlees plaasvind deur uitleg, berus dit, soos by ons bespreking van die *ratio* agter die uitlegreëls, op die basis van vertrouensbeskerming. Buite hierdie gevalle en in gevalle waar die *Moorcock*-benadering toegepas word (d.w.s. die vermoedelike bedoeling van die partye en die *officious bystander*-toets), word die fiktiewe aard van die positiefregtelike verduideliking vir die inlees van bedinge in hierdie geval algemeen erken. Die ware grondslag is, soos Lord Denning in *Greaves and Co (Contractors)*, *supra*, aangetoon het, die *redelikheid en billikheid*, as kriteria van vertrouensbeskerming is, wat, soos tereg in *Wilkins NO v Voges* aangedui is, moet wyk voor toelaatbare getuienis van die werklike bedoeling van die partye.

~~~ o0o ~~~

## HOOFSTUK 6

### DEROGERING

Derogering is daardie normkompleks wat aandui *of, wanneer en tot welke mate* 'n hof bevoeg is om, nadat 'n geldige kontrak tot stand gekom het, een of meer terme van die kontrak te wysig of weier om daaraan gevolg te gee ten einde een van die partye teen die hardheid of buitengewone onbillikheid van die strikte handhawing van die kontrak te beskerm. Derogering is 'n bekende deel van die Europese reg maar is erg omstrede in die Engelse en, tot 'n mindere mate, in die Suid-Afrikaanse reg.

#### Die Romeinse reg<sup>1</sup>

Die *fides Romana* het sedert die vroegste dae in Rome en, miskien sterker in latere tye, 'n sentrale plek in die kontraktereg ingeneem. *Fides* het beteken: gebondenheid aan die gegewe woord of belofte, *fit quod dicitur*.<sup>2</sup> In genoemde teks sê Cicero: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*.

Fritz Schultz<sup>3</sup> stel die Romeinse posisie soos volg:

*"The Romans boast of their fidelity and proudly contrast 'Roman fidelity' with 'Punic' and 'Greek fidelity'. To be faithful is one of their standard principles of life. Naturally they too were at times guilty of breaking faith, but the existence of their maxim is as little disturbed*

---

<sup>1</sup> Die jongste bydrae oor die *bona fide*-beginsel in die Romeinse reg is dié van Martin Josef Schermaier *Bona fides in Roman Contract Law* in Reinhard Zimmermann en Simon Whittaker (reds) *Good Faith in European Contract Law* Cambridge University Press 2000 op 63-92. Sien ook Reinhard Zimmermann *Good Faith and Equity* in Zimmermann en Visser (reds) *Southern Cross* 1996 op 217-260 wat die lyn deurtrek tot die huidige Suid-Afrikaanse reg tot 1996. Sien ook Reinhard Zimmermann *Obligations* 1990 op 68 ev; 667 ev.

<sup>2</sup> Cicero *De off* 1.23.

<sup>3</sup> *Principles of Roman Law* Clarendon Press Oxford 1936 herdruk 1967 op 223.



*thereby as the existence of a legal rule by its breach. In very truth they strive after fidelity; faithlessness is in their eyes a social blot. Fidelity is only one aspect of constantia which is to the Romans a man's central virtue: 'take a course and stick to it'. They become emotional when they speak of fides. Cato as an old man lays stress on the fact that the Roman ancestors built the temple to Fides on the Capitol as near as possible to Jupiter, the greatest and best of the gods. Cicero declares fidelity to be the 'most sacred thing in life', Valerius Maximus says that it is the 'security for all human happiness'. Valerius was right when he declared that the whole world was acquainted with Roman fidelity. The author of the first book of the Maccabaeans knew that 'the Romans kept amity with their friends and such as relied upon them', while the author of the Gospel of St. John makes even Pilate keep to his word: 'What I have written, I have written'."*

'n Regtens afdwingbare ooreenkoms het absolute gebondenheid geskep. Die klassieke Romeinse reg het nie 'n terugtrekingsreg weens die kontrakbreuk van die teenparty geken nie.<sup>1</sup>

Selfs die formele *stipulatio* was op die *fides Romana* gebaseer.<sup>2</sup>

So sterk was die *fides Romana* dat meer gewig geheg is aan persoonlike sekerheidstelling (in die vorm van die borgkontrak) as aan saaklike sekerheid.<sup>3</sup> Die skaarsheid aan gebiedende en selfs reëlende regsreëls by *locatio conductio* en op die gebied van arbeidsverhoudinge kan slegs verklaar word in die lig van die rol wat die *fides Romana* op statusverhoudinge gespeel

---

<sup>1</sup> Schultz *Principles* 1936 (1967) op 226-227.

<sup>2</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 68.

<sup>3</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 115 sluit 'n nuttige bespreking af met: "While, therefore, amicitia made personal security a much more viable and popular institution in Roman society, Roman fides, to quite a considerable extent, alleviated the risks involved in it for the creditor: if it was in any event of prime concern for the Roman citizen to keep his word, he would certainly do everything in his power to honour a promise given for a friend."

het. Die *fides*, eerder as formele regsreëls, het gebondenheid bepaal.<sup>1</sup> Die ontstaan van 'n *honorarium* in ruil vir die vrywillige uitvoer van 'n mandaat of versoek, was op die *fides Romana* gebaseer,<sup>2</sup> soos ook die plig om 'n mandaat uit te voer.<sup>3</sup> Die *fides Romana* was een van die sosiaal-etiese faktore wat *negotiorum gestio* onderlê,<sup>4</sup> asook die aanspreeklikheid weens *dolus malus*.<sup>5</sup>

Die *fides Romana* was miskien die belangrikste komponent van die gedagte wat in die kanonieke reg in die stelreël *pacta sunt servanda* vasgelê is.

### **Die Bona Fides**

Aanverwant aan, maar onderskeibaar van die *fides Romana*, was die Romeinse leerstuk van *bona fides*. Terwyl die *fides Romana* op gebondenheid slaan, het die *bona fides* te doen met die vraag: welke gebondenheid, oftewel: waartoe gebonde? Die *bona fides* se kort antwoord was: gebonde tot dit wat billik en regverdig is.

Die institutionalisering van die kontrakbegrip het plaasgevind binne 'n baie ruim kulturele konteks: enersyds die strengheid van die *jus civile*, andersyds die soepelheid en billikheid van die *jus gentium*. Die oorwinning van die *jus gentium* oor die *jus civile*, in die sin dat eersgenoemde uiteindelik die strengheid van die *jus civile* oorwin het om plek te maak vir praktiese, bruikbare instellings, is welbekend. Daarmee saam gaan die deurbraak van

---

<sup>1</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 350: "A characteristic feature of Roman law was that it tended to interfere with the internal aspects of these status relationships as little as possible; *pietas*, *fides*, *reverentia* and the *mores maiorum* were largely relied upon as entirely satisfactory regulatory mechanisms." Sien ook Schultz *Principles* 1936 (1967) op 231-238.

<sup>2</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 415.

<sup>3</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 424.

<sup>4</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 435-436: "*Fides*, *amicitia*, *pietas*, *humanitas* and *officium* ... created a value system and a specific kind of social ethics determining the behaviour of the (upper-class) Roman citizen ...".

<sup>5</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 668-669.



die billikheid en *bona fides* as 'n maatstaf wat gebondenheid in die Romeinse kontraktereg bepaal. Die praktiese neerslag hiervan vind ons onder andere in die institutionalisering van die koopkontrak, wat uit die *ius gentium* afkomstig was.

Maar van nog meer belang is die ontstaan van die gedagte dat sekere regshandelinge – onder andere al die konsensuele kontrakte – deur die billikheidsgedagte, oftewel die *bona fides*, beheers word. Vandaar die benaming vir hierdie kontrakte as *negotia bonae fidei* en die aksies waarmee hul afgedwing word as *iudicia bonae fidei*. In hierdie gedinge is dit volgens die *formula* van die aksies aan die regter oorgelaat om gebondenheid en die omvang daarvan aan die hand van die vereistes van die goeie trou te bepaal: *quidquid dare facere oportere ex bona fide*. Die verweerder is verplig om ooreenkomstig die norme van die goeie trou te presteer.<sup>1</sup>

Teenoor die *iudicia bonae fidei* het die *actiones stricti iuris* gestaan. Hierdie aksies geld vir gedinge wat uit die *ius civile* voortgespruit het en wat met die prosedure *per legis actionem* afgedwing kon word.<sup>2</sup> Met die toename in die geldingsgebied van die *ius gentium* het die *iudicia bona fidei* in belangrikheid en in getal toegeneem en mettertyd ook die *actiones stricti iuris* beïnvloed. Die *ius gentium* en die gepaardgaande *iudicia bonae fidei* het dus in die Romeinse reg 'n oorkoepelende normatiewe maatstaf, die *bona fides*, ingevoer. Die beste bewys hiervoor vind ons in 'n beroemde reskrip van Keiser Konstantyn in 314 AD, soos dit opgeneem is in Codex 3.1.8:

*“Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitastisque quam stricti iuris rationem.”*

Zyl<sup>3</sup> vertaal dit met:

---

<sup>1</sup> Sien JC van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, 1948 op 29.

<sup>2</sup> Sien DH van Zyl *Justice and Equity in Greek and Roman Legal Thought Academica Pretoria* 1991 op 30 ev. veral 130 vtnt. 510.

<sup>3</sup> *Justice and Equity* 1991 op 90.

*“It is decreed that in all matters preference should be given to justice (iustitia) and equity (aequitas) rather than to the demands of the strict law (strictum ius).”*

Wat die Romeinse reg betref, is die strengheid van die *jus civile* in die Republikeinse tydperk (509-27 v.C.) alreeds tot 'n mate deur die *ius honorarium* van die *praetor* deur *actiones utiles*, *actiones in factum* en gepaste *exceptiones* verlig.

Die verwysing na die *exceptiones* bring my by een van die sleutel-leerstukke wat oor die eeue die Vastelandse regstelsels en ook ons eie reg diepgaande beïnvloed het, te wete die invoering van die *exceptio doli specialis* en die *exceptio doli generalis*.

Die *exceptio doli specialis* het by die *iudicia bonae fidei* – dit wil sê die konsensuele kontrakte gegeld. In hierdie gevalle is 'n *formula* vir dié kontraksaksies, volgens die aard daarvan, voorgeskryf. In die *formula* word aan die *iudex* opdrag gegee om die geskil te beslag volgens die *bona fides*. So, byvoorbeeld het die *formula* ten opsigte van 'n koopkontrak soos volg gelui:

*“Quid AS AS de No No hominem Stichum emit (vendidit), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnatio, si non paret, absolvito”*<sup>1</sup>

Waarom is hierdie wye diskresie by die kontrakte *bonae fidei* aan die *iudex* verleen? Eerstens, omdat die Romeinse opvattinge oor handelsetiek met verloop van tyd van 'n gestrenge een tot 'n meer liberale en simpatieke een verander het, en van die vormlike wegbeweeg is.

---

<sup>1</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 277.



“Anders as by die *actiones stricti iuris*, word die inhoud van die verbintenis nie deur die vorm vasgestel nie. Reeds tydens kontraksluiting word dit van die onderhandelende partye geverg om ‘n sekere standard van gedrag te openbaar ‘... *bonam fidem in contractibus considerari aequum est*, wat impliseer dat die partye hulle van *dolus malus* moet weerhou ...”<sup>1</sup>

‘n Tweede rede vir die erkenning van die *iudex* se wye diskresie gebaseer op die vereistes van die goeie trou, blyk uit die insiggewende behandeling van die onderwerp deur JC van Oven.<sup>2</sup> Die beginpunt was miskien by die aangaan van kontrakte *bonae fidei* deur middel van boodskappers of briefwisseling, gebou op die vertoue dat die teenparty sy onderneming sal nakom.

“... en daaroor moest wel de opvatting baan breken, dat wanneer dit vertrouwen bedrogen werd, en een verbintenis ontstond, gegrond op dit vertrouwen, de **fides**, dus dat een handeling tussen twee partye waaruit hun **consensus** tot **obligari** bleek, leidde tot **dare facere oportere ex fide bona**.”<sup>3</sup>

Gevolglik ontstaan die stelreël by die kontrakte *bona fidei* dat *iudicium fidei bonae est et continent in se doli mali exceptionem*.<sup>4</sup> Dit was uit hoofde van die formula dus onnodig vir die verweerder om die afwesigheid van goeie trou aan die kant van die eiser deur ‘n ongegronde aksie in te stel, te bewys.

Die *exceptio doli generalis*, wat deur die *praetor* op ‘n latere stadium ingevoer is, het slegs by die kontrakte *stricti iuris* gegeld. Aanvanklik was die posisie by hierdie kontrakte dat die *iudex* geen bevoegdheid of diskresie gehad het

---

<sup>1</sup> AD Botha Die *exceptio doli generalis* in die Suid Afrikaanse reg UOVS proefskrif 1981 op 7-8. Die aangehaalde Romeinse frase kom uit C. 4.10.4 en C. 4.65.9.

<sup>2</sup> Leerboek van Romeinsch Privaatrecht Brill Leiden 1948 op 239.

<sup>3</sup> Van Oven Leerboek 1948 op 239.

<sup>4</sup> D. 30.84.5; D. 24.3.21; Botha Die *exceptio doli generalis* 1981 op 8.

om die norme van goeie trou toe te pas nie. Sou 'n eiser byvoorbeeld op grond van 'n *stipulatio* dagvaar, kon die omstandighede wat die *stipulatio* voorafgegaan het, byvoorbeeld *dolus*, *error* of *metus* nie as verweer opgewerp word nie.<sup>1</sup>

Met die inslag van 'n meer gemagtigde en liberale houding, het die *praetor* begin om 'n hervormingsproses ten opsigte van die kontrakte *stricti iuris* aan die gang te sit, waarin die *exceptio doli generalis* 'n prominente rol gespeel het.<sup>2</sup>

Die effek van die invoering van die *exceptio doli generalis* was om die norme ten opsigte van die goeie trou, wat by die kontrakte *bonae fidei* gegeld het, uit te brei na kontrakte *stricti iuris*. Die hoofterrein en betekenis van die *exceptio doli generalis* was dat dit as verweer kan dien teen 'n aksie wat die verweerder beweert op kwaadwillige, ongegronde of onbillike wyse deur die eiser ingestel is.

Die effek was dus in wese dat met die invoering van hierdie *exceptio* die *iudicium stricti iuris* ook 'n *iudicium bona fidei* geword het.<sup>3</sup>

Die *exceptio doli generalis* se formule het nie alleen in die *intentio* na die goeie trou verwys nie, maar ook verder die bewoording "... *si in ea re nihil dolo malo A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> factum sit neque fiat* ..." bevat.<sup>4</sup>

"... it was particularly the 'neque fiat' clause that made it such a powerful instrument to bring about a just solution. 'Factum est' referred to fraudulent behaviour before the institution of the action (against

---

<sup>1</sup> Botha *Die exceptio doli generalis* 1981 op 11.

<sup>2</sup> Botha *Die exceptio doli generalis* 1981 op 12.

<sup>3</sup> Botha *Die exceptio doli generalis* 1981 op 39; Zimmermann *Obligations* 1990 op 667.

<sup>4</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 667.



which the exception was now raised), particularly in the act of concluding the contract (*dolus in contrahendo*). 'Fiat', on the other hand, comprised all cases where the bringing of the action itself could be taken to constitute *dolus*, ... [T]he plaintiff was not supposed to turn a situation to his advantage against the precepts of natural equity. From here it is only a small step to the recognition of the fact that *dolus* was a kind of opposite number to *bona fides*. Whenever the behaviour of the plaintiff did not conform to the overriding standard of good faith, the *exceptio doli* could be granted ....<sup>1</sup>

Die vraag kan nou wel gevra word wat van die *iudicium stricti iuris* op hierdie gebied moes word? Was daar nog 'n selfstandige bestaansreg vir die *exceptio doli generalis*?

Hierdie strydvraag het nie 'n antwoord deur die Romeinse juriste ontlok nie. Dit het egter in die Europese reg tot groot meningsverskille aanleiding gegee en, les bes, ook sterk invloed op ons eie reg gehad. Hieroor later veel meer.

In hierdie tydperk het die Griekse denke invloed uitgeoefen, nie soseer op die Romeinse regsdenke nie, maar op (regs) filosowe soos Cicero. Hul invloed word meer waarneembaar in die klassieke en na-klassieke reg.<sup>2</sup>

In die klassieke Romeinse reg word die begrip geregtigheid (*iustitia*) wel aangetref, maar weens die pragmatiese inslag van die juriste uit daardie tyd, word daar nie veel daarvoor gespekuleer nie. Die bespreking wat daar was, is terug te voer na Aristoteles. In D.1.1.1 pr. verklaar Ulpianus dat die reg die kuns is van wat goed en billik (*aequum*) is. In D.1.1.10 pr. sê hy weer dat geregtigheid die voortdurende en volgehoue begeerte is om aan elk te gee wat hom toekom, en dié definisie word herhaal deur Justinianus in sy *Institutiones* 1.1 pr. Hiermee moet saamgelees word die beskrywing wat Ulpianus in D.1.1.10.1 aan die basiese uitgangspunte (*iuris praecepta*) van

---

<sup>1</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 668.

<sup>2</sup> DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 op 71 ev.

die reg gee: om eerbaar te lewe (*honeste vivere*), om nie aan andere leed te berokken nie (*alterum non laedere*) en aan elkeen te gee wat hom toekom (*suum cuique tribuere*).<sup>1</sup> Hierdie is tipiese Aristoteliaanse prinsiepe.

Die geregtigheidsidee ondergaan in die na-klassieke reg twee groot veranderinge: die Christelike etiek begin 'n belangrike rol in die ontwikkeling en verfyning van die geregtigheidsidee speel en dat billikheid (*aequitas*) voorrang bo die *strictum ius* moet geniet.

Nog 'n element wat in die na-klassieke reg sekerlik 'n rol gespeel het, was die siening van die natuurreg (*ius naturale*) as 'n stel bindende regsreëls – soos blyk uit Justinianus se euologie hieroor.<sup>2</sup>

*Aequitas* het dus 'n oorheersende rol gespeel as kriterium waarteen regsnorme gemeet, gekritiseer en dus hervorm kon word. Hier was dit veral die taak van die *praetor* om *aequitas* te verwesenlik, deur die toets van *bonum et aequum* toe te pas.<sup>3</sup> So vind mens die uitdrukking *bonum et aequum* in die *condemnatio*-gedeelte van die formule van die *actiones in bonum et aequum conceptae*.<sup>4</sup> 'n Belangrike punt hier is dat, eenmaal as die *aequitas* in 'n regsreël opgeneem is, byvoorbeeld wanneer 'n reël van die *ius strictum* deur die *praetor* verander is of 'n *actio bonae fidei* verleen is en 'n regsreël op dié wyse geskep is, die *aequitas* gewoonlik in waarneembare vorm verdwyn. Al wat nog waarneembaar is, is die regsreël, waaruit billikheid

---

<sup>1</sup> Sien oor die geregtigheidsbegrip in die klassieke Romeinse reg DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 op 87-89; Du Plessis *Westerse Regsdenke* 1981 op 122-126.

<sup>2</sup> *Inst. Just.* 1.2.11, sien ook DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 op 92; ook D.1.1.11 en HS Maine *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* 1885 op 44 ev.

<sup>3</sup> DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 op 129. Sien ook EM Meyers *Verzamelde privaatrechtelijke Opstellen* (derde deel) 1955 ten aansien van die aanvullende en opheffende werking van die goeie grou in die Romeinse reg; W du Plessis *Aequitas-equity-billigheid en die usus pandectarum* in (1989) 14 *Tydskrif vir Regswetenskap* op 16-28 vir 'n algemene oorsig.

<sup>4</sup> DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 op 129-130; HF Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* Cambridge 1967 op 220 ev.



sal blyk. Die skeppende rol van *aequitas* word dan nie meer raakgesien nie. Die feit word tereg deur Alan Watson<sup>1</sup> beskryf en beklemtoon.

Was daar 'n verskil tussen *aequitas* en *bona fides*? Alhoewel sommige skrywers, veral Pringsheim<sup>2</sup> op verskillende wys, skyn die aanvaarde standpunt te wees dat dié twee begrippe in die tyd van die na-klassieke reg saamgesmelt het.<sup>3</sup>

Ek het reeds op die *formulae* van die *iudicia bonae fidei* gewys en op die rol van die *bona fides* as behorensprinsiep in die *ius honorarium*; ook dat die *bona fides* baie regshervormende aksies onderlê het.<sup>4</sup>

Dit was veral deur die *ius honorarium*, met die *edictum perpetuum* en aanvullende praetoriese *actiones* en *exceptiones* dat die kontraktereg en die *bona fides* hul werklike aard en karakter gekry het.<sup>5</sup>

Die middeleeuse en kanonieke juriste het in hoofsaak voortgebou op die Romeinse reg en nie juis 'n nuwe bydrae gelewer nie, soos wat James Gordley aantoon.<sup>6</sup> Gordley probeer wel 'n saak uitmaak dat Baldus, beïnvloed deur Aristoteles en Thomas Aquinas, 'n nuwe siening van die rol

---

<sup>1</sup> Law Making in the later Roman Republic Oxford 1974 op 173 ev.

<sup>2</sup> *Aequitas und bona fides* in Pringsheim *Gesammelte Abhandlungen* 1 1961 op 156 en 159.

<sup>3</sup> DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 en 136 ev.

<sup>4</sup> DH van Zyl *Justice and Equity* 1991 en 137: "In the Byzantine era *aequitas* clearly underwent an extension in meaning by assimilating other virtues, such as *bona fides*, *humanitas* and *benignitas*. This relates to the post-classical lawyer's impatience with the legal subtleties characterising much of the classical law. It did not require particularly vigorous persuasion to have classical decisions reversed on the ground of their inequity. In such cases the legislator usually prefaced the new law with the words *benigne dicendum*, in the sense that the relevant principle should be stated in a benign, benevolent, indulgent or favourable manner."

<sup>5</sup> Sien veral van Oven *Leerboek* 1948 op 18-22; Zimmermann *Obligations* 1990 op 680.

<sup>6</sup> *Good Faith in contract law in the medieval ius commune* in Zimmermann en Whittaker *Good Faith in European Contract Law* op 93-106.

van die goeie trou opgebou het.<sup>1</sup> Baldus het *bona fides* en *aequitas* as sinonieme gebruik, waar hy spesiale betekenis aan die *bona fide*-begrip gegee het: niemand mag ten koste van 'n ander verryk word nie.<sup>2</sup> Baldus vind in die *bona fides* die regverdiging vir die *justum pretium*-reël en ook vir die implikasie van kontraksbedinge.<sup>3</sup> Alhoewel Gordley meen dat Baldus dié sieninge by Aristoteles en Thomas Aquinas gekry het, moet hy ook toegee dat dit nie heeltemal vreemd aan die Romeinse reg was nie.<sup>4</sup> Dit is ook omstrede of Baldus werklik deur Aristoteles geïnspireer is, aangesien hy in sy werke nooit na Aristoteles verwys nie.<sup>5</sup> Hoewel die Spaanse skool ook 'n invloed uitgeoefen het op die natuurreggeleerdes van die sewentiende en agtiende eeu, onder andere De Groot, Pufendorf, Domat en Pothier,<sup>6</sup> bly die feit staan dat die *bona fides*-beginsel wat sy weg gevind het tot in die Europese kodifikasie terug te voer is en gebou is op die Romeinse begrip en tekste insake *bona fides*.<sup>7</sup> Ek verwys kortliks na die belangrikste Vastelandse stelsels in dié verband.

Die belangrike punt is dat die *bona fides* direk en indirekte, deur middel van die *exceptio doli generalis* 'n sterk derogerende rol in die Romanistiese regstradisie gespeel het.

## Die Franse reg

Artikel 1134 lid 3 van die *Code civil* vereis dat kontrakte in goeie trou uitgevoer moet word. Saam daarmee moet gelees word artikel 1135, wat bepaal dat benewens die uitdruklike bedinge in 'n kontrak, die ooreenkoms

---

<sup>1</sup> Good Faith op 106.

<sup>2</sup> Verwysings en bespreking by Gordley Good Faith op 108-110.

<sup>3</sup> By Gordley Good Faith op 110-111.

<sup>4</sup> Good Faith op 111.

<sup>5</sup> Sien bespreking by Gordley Good Faith op 113-114.

<sup>6</sup> Gordley Good Faith op 115.

<sup>7</sup> Gordley Good Faith op 115-116 skyn dit toe te gee.



ook al die gevolge wat *billikheid*, *gebruik* of die *reg* aan 'n kontrak, volgens die aard daarvan, koppel, insluit.

Paragraaf 242 van die Duitse BGB wat ooreenstem met artikel 1134 lid 3 van die *Code Civil*,

*“... have been used by the German courts with remarkable freedom to adapt the law of contract to changed economic and social circumstances and attitudes, by, for example, requiring the revision of agreements in the light of the inflation and revaluation of the currency after the First World War and again after the Second, or, more recently, by policing exemption clauses. The French courts however, have made very little express use of article 1134.”<sup>1</sup>*

Nicholas<sup>2</sup> skryf gemelde terughoudendheid van die Franse howe toe aan 'n moontlike onwilligheid om so 'n wydlopende beginsel vry te stel. Ook is dit moontlik die siening dat om die teenoorgestelde belange van die twee kontrakterende partye onder een juk van *bona fides* te bring, die kontraktuele verhouding onder te veel druk plaas.

Die konserwatiewe houding van die Franse howe rondom die vereiste van goeie trou blyk uit 'n beroemde beslissing van die *Cour de cassation* in 1876 in die *Canal de Craponne*-geding. Ingevolge ooreenkomste gedateer 1560 en 1567 het 'n aantal grondeienaars onderneem om jaarliks 'n vasgestelde bedrag vir die gebruik van besproeiingswater uit die kanaal te betaal. Drie eeue later het die vasgestelde bedrae weens inflasie belaglik laag geword. Die *Cour d'appel* van Aix het met 'n beroep op artikel 1134 bevind dat 'n hof bevoeg is om die kontrak reg te stel om die oorspronklike balans tussen prestasie en teenprestasie te handhaaf. Die *Cour de cassation* handhaaf 'n

---

<sup>1</sup> Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 153.

<sup>2</sup> *French Law of Contract* 1992 op 154.

appèl teen gemelde beslissing. Nicholas<sup>1</sup> gee die kern van die hof se uitspraak soos volg weer:

*"In no case is it open to the courts, no matter how equitable their decision may seem to them to be, to take time and circumstances into account in order to modify the agreement of the parties and substitute new terms for those which have been freely accepted by those parties."*

In hierdie verband is daar egter uitsonderinge op die konserwatiewe houding van die Franse howe.

Eerstens, in kontrakte met die Staat het nie die *Cour de cassation* nie, maar die *Conseil d'Etat* die laaste woord. Die *Conseil d'Etat* pas nie suiwer privaatrek toe nie, maar ook beginsels van die publiekreg. In 1916 het die *Conseil* te doen gekry met 'n geval waar die Stadsraad van Bordeaux in 1904 'n konsessie aan 'n maatskappy gegee het om die stad teen 'n vasgestelde bedrag van gas te voorsien. Weens die uitbreek van die Eerste Wêreldoorlog het die aankoopprys wat die maatskappy vir steenkool moes betaal, buitengewoon gestyg. Die maatskappy vra 'n verhoging van die kontrakprys vir lewering van die gas. Die *Conseil* staan dié aansoek toe sonder om na die *bona fide*-beginsel te verwys, dog wel na die algemene (openbare) belang wat die voortgesette lewering van gas verg, asook die besondere omstandighede van die geval.

Die leerstuk van regstelling in bogemelde verband staan bekend as *imprévision*.<sup>2</sup>

'n Tweede geval waar die goeie trou 'n rol speel, is dié van *lésion*. Die term dui aan dat daar vir een van die partye 'n aanmerklike verlies of skade is weens ongelykheid in die waarde van die partye se prestasies. Artikel 1118

---

<sup>1</sup> French Law of Contract 1992 op 209.

<sup>2</sup> Oor bogemelde feite en die leerstuk onder bespreking, sien Nicholas French Law of Contract 1992 op 208-210; Amos en Walton 1967 op 165 ev.



bepaal as algemene beginsel dat *lésion* irrelevant is, behalwe waar spesiaal daarvoor voorsiening gemaak word.

Die belangrikste geval van *lésion* waarvoor die *Code Civil* self voorsiening maak, is artikel 1674 wat in verband met die koopkontrak bepaal dat as die prys wat die verkoper ontvang in terme van die kontrak *minder as 5/12* van die billike prys is (m.a.w. daar is *lésion* van  $\frac{7}{12}$ des) die koper *rescision* kan eis.

Dit is moeilik om, in die lig van die subjektiewe uitgangspunt, *lésion* anders te sien as 'n blote uitsondering gebaseer op historiese gronde.<sup>1</sup>

Derdens is daar in die Franse reg sedert 1907<sup>2</sup> bepaalde *lois* wat die beginsel van *lésion* uitbrei na ander spesifieke kontrakte (bv. die aankoop van kunsmis en bepaalde ander boerderybenodigdhede). Daar is ook 'n reeks *lois* wat *verbruikers* beskerm deur maksimum pryse vas te stel of 'n spesifieke bevoegdheid aan die houe te verleen om met onbillike prysbedinge in te meng. Ook is daar verbruikerswetgewing wat voorsiening maak vir beheer van sekere verkoopsmetodes, o.a. deur 'n afkoelperiode.<sup>3</sup>

'n Wet van 10 Januarie 1978 (die sg. *loi Scrivener*) maak voorsiening vir 'n kommissie, die *Commission des clauses abusives* wat aanbevelings vir wetgewing kan maak om verbruikers teen *professionals* te beskerm wat hul ekonomiese mag misbruik en daardeur 'n buitensporige voordeel beding. Hoewel die *Commission* nog slegs een stuk wetgewing deurgevoer kon kry, word dit tans beskou dat die *loi Scrivener* op sigself 'n verbod op *clauses abusives* bevat.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Sien Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 138-141; Amos en Walton 1967 op 163 ev. vir ander gesigspunte.

<sup>2</sup> Sien Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 141 vir voorbeelde.

<sup>3</sup> Sien Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 142 vir besonderhede; Amos en Walton 1967 op 152 ev.

<sup>4</sup> Detail by Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 142-144; Whincup 1992 op 166 ev.

Vierdens is daar die reël in die Franse reg dat 'n kontrakbeding wat deliktuele aanspreeklikheid uitsluit, onafdwingbaar is. Die grondslag hiervoor is die *ordre public*. Aan die ander kant is sulke bedinge wat kontraktuele aanspreeklikheid uitsluit of beperk wel geldig, onderhewig aan uitsonderings gebaseer op bedrog of growwe nalatigheid.<sup>1</sup>

Volgens Geoffrey Samuel en Jac Rinkes<sup>2</sup> is die interpretasie van artikel 1134 (en dus van die *bona fide*-beginsel) slegs van marginale betekenis.

Ten slotte is daar diegene wat die Franse regspraak so interpreteer: die leerstuk van *imprévision* (en die gepaardgaanse terughoudendheid van howe om aan te vul) geld net vir onvoorsiene omstandighede met betrekking tot ekonomiese of finansiële aangeleenthede. In alle ander gevalle interpreteer die howe die kontrak en bring veranderinge in die gevolge daarvan aan. Een so 'n outeur is Isabelle de Lamberterie.<sup>3</sup> Die enkele beslissings wat sy aanhaal ondersteun myns insiens haar stelling, maar die skaarste aan ondersteunende gesag dui daarop dat dié praktyk nie 'n alledaagse een is nie.

In teenstelling met die Franse howe, huldig die Franse skrywers 'n veel meer idealistiese siening van die goeie trou. Ghestin<sup>4</sup> verklaar:

---

<sup>1</sup> *Faute lourde*; sien Nicholas *French Law of Contract* 1992 op 232 ev.

<sup>2</sup> *The English Law of Obligations in comparative context*, Ars Aequi, Nijmegen 1991 op 56.

<sup>3</sup> *The Effect of Changes in Circumstances* in Harris en Tallon *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* Clarendon Press 1991 op 229.

<sup>4</sup> *Traite' de Droit Civil* 1980 op 141. Sien ook op 142 ev.; ook Jacques Ghestin *The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information*, French Report in Donald Harris en Denis Tallon *Contract law* 151 op 151 wat op 153 aandui dat sedert 1945 die Franse reg in toenemende mate 'n voorkontraktuele openbaringsplig gebaseer op die goeie trou begin erken het.



*“La loyauté dans les contrats est le complément nécessaire de la justice contractuelle. Cette obligation de loyauté imprègne d'ailleurs le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi. Celle-ci, en effet, est synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté. Elle s'oppose à la mauvaise foi, le dol, la tromperie ou la fraude.”*

Ghestin verklaar ook:<sup>1</sup>

*“The duty to inform oneself has, however, been significantly modified by changes in public attitudes and in the enacted law. The content of the duty increasingly takes account of the actual inequality of the parties and of the mounting demands of good faith. There is in consequence nowadays an increasing emphasis on, first, ‘the impossibility of the creditor of the obligation of disclosure being himself aware of that information’, and, secondly, in accordance with the principle of good faith, ‘the creditor’s justifiable reliance’.”*

## **Die Nederlandse Reg**

In die Nederlandse reg bestaan uitvoerige bepalings oor 'n hele aantal begrippe op die terrein tans ter sprake. Ek verwys die leser veral na artikels 6:248.1 en 2 van die NBW, wat ek hierbo in verband met aanvulling aangehaal en bespreek het.

Die redelikheid en billikheid het nie slegs 'n aanvullende funksie soos hierbo beskryf, nie. Dit het ook, volgens artikel 6:248 lid 2 van die BW 'n *derogerende werking*. Net soos wat die Nederlandse reg voorsiening maak dat leemtes in ooreenkomste regterlik aangevul kan word met behulp van die redelikheid en billikheid, bevat dié regstelsel ook die teenoorgestelde norm. Artikel 6:248 lid 2 bepaal dat 'n deur ooreenkoms geldende reël nie van

---

<sup>1</sup> *The Pre-Contractual Obligation* 1991 op 161.

toepassing is nie, indien dit in die gegewe omstandighede volgens die maatstawwe van redelikheid en billikheid onaanvaarbaar is.

Hierdie beginsel is deur die regspraak geskep en het as die leerstuk van *die beperkende werking van die goeie trou* bekend gestaan. Die bepalings van die vorige BW het aansienlike probleme in verband met dié leerstuk veroorsaak, wat gelukkig tans in die BW uit die weg geruim is.<sup>1</sup> Die leerstuk dat die goeie trou van soveel belang is dat dit die uitdruklik ooreengekome reëls kan oorwoek, het in die regspraak in die jare twintig en begin van die jare dertig ontwikkel. Dit het egter dinamies gegroei na die Tweede Wêreldoorlog, byvoorbeeld in uitsprake wat bevind het dat in die gegewe omstandighede 'n beroep op 'n vrywarings-klausule onredelik was en dat die klausule nie toegepas sal word nie. Hierna word dit na talle ander gevalle en soorte bedinge uitgebrei. Vooraanstaande Nederlandse juriste het hierdie nuwe bewegings gesteun, onder andere EM Meijers, Star Busmann, Scholten, Van Oven, Zevenbergen en Wiarda.<sup>2</sup> 'n Rigtinggewende akademiese bydrae was die 1972 Amsterdamse proefskrif van P Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*.

Die aanvanklike ontwerp van die BW het die beperkende werking aan die begrip *onbetaamlikheid* gekoppel, maar in die finale produk is die kriterium *die maatstawwe van redelikheid en billikheid*, gekies.<sup>3</sup>

Asser-Hartkamp<sup>4</sup> merk op dat terwyl in die negentiende eeu die goeie trou-beginsel as 'n vae een beskou was en as sou dit in ander artikels verwesenlik wees en daar selde 'n beroep gedoen is op artikel 1374 lid 3, dit tans beskou word as een van die hoekstene van die kontraktereg. Daar is 'n groot aantal uitsprake waarin die beginsel onder die ou BW reeds toegepas is en hulle

---

<sup>1</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 312 ev.

<sup>2</sup> Sien Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 313 ev.

<sup>3</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 314-315.

<sup>4</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 313 ev.



meen dat die tendens voortgesit sal word. Die gemelde skrywers argumenteer voorts dat dit onjuis is om in hierdie gevalle (derogerende werking) te praat van 'hersiening van die ooreenkoms deur die regter'. Nie die regter nie, maar die objektiewe reg lê op die partye die dwingende plig op om hul by die uitvoering van ooreenkomste volgens die norme van redelikheid en billikheid te gedra en uit hoofde van daardie regsbeginsel kan hul kontraktuele regte gewysig word. In geval van dispuut konstateer die regter slegs welke wysiging die objektiewe reg teweeggebring het.<sup>1</sup>

Anders as in die Engelse reg is daar minder teoretiese probleme in die Nederlandse reg om die implikasie van terme, aanvulling en derogering, te verklaar of tot hul reg te laat kom. Die feit dat daar sedert 1838 in die Nederlandse reg 'n bepaling in die kodifikasie te dien effekte is, het ooglopend die taak van die teoretici vergemaklik.

Wat die positiewe reg betref, is die posisie in Nederland dat 'n beroep op artikel 6:248 lid 2 nie sal slaag enkel op grond daarvan dat die inhoud van die kontrak vir een van die partye onbillik voorkom nie, of dat die oor en weer prestasies van meet af aan ongelykwaardig was nie. So, byvoorbeeld geld die *iustum pretium*-beginsel nie in Nederland nie.<sup>2</sup>

Onder die rubriek van artikel 1374 lid 3 BW is 'n derogerende werking veral aan die *goede trouw* toegeken waar 'n kontrakparty hom of haar op 'n kontrakterm beroep, waar sodanige beroep, gesien sy of haar eie vorige houding of gedraginge, as in stryd met die redelikheid en billikheid beskou is. Hierdie beginsel, wat nie net in die kontraktereg geld nie, is ooglopend analoog aan die Anglo-Amerikaanse *estoppel by misrepresentation (conduct)* en heet in die Nederlandse reg *rechtsverwerking*. 'n Voorbeeld vind mens reeds in 'n Hoge Raad uitspraak in 1922.<sup>3</sup> Die statute van 'n naamlose

---

<sup>1</sup> 2001 op 313 ev.

<sup>2</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 320 ev.

<sup>3</sup> HR 2 November 1992 W. 1991: NJ 1923 op 90.

vereniging het bepaal dat die direkteur bevoeg is om 'n aandeelhoudersvergadering te belê. Hy versuim om dit te doen. Die aandeelhouders belê self die vergadering en die direkteur veg die geldigheid daarvan aan. Dit word beslis dat sy aanvegting moet faal.<sup>1</sup>

Een geval waar die toepassing van die norme van redelikheid en billikheid in terme van artikel 6:248 lid 2 gereeld plaasvind, is waar onvoorsiene omstandighede na kontraksluiting ontstaan het. Met Asser-Hartkamp<sup>2</sup> moet ek saamstem dat die Nederlandse wetlike bepaling, hierbo vermeld, dit onnodig maak om 'n beroep op die gemeenregtelike leer van die *clausula rebus sic stantibus* of soos die leerstuk in Frans heet, die *théorie de l'imprévision*, te doen. In elk geval word dié gevalle uitdruklik gereël deur die BW boek 6 artikel 258, wat soos volg lees:

*“De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.”*

Ten slotte moet daarop gewys word dat die Nederlandse reg erken dat die derogerende werking van die redelikheid en billikheid sover strek dat dit ook 'n beroep deur een van die partye op 'n dwingende reël van die reg (bv. gestelde kontrakformaliteite) kan verhoed.<sup>3</sup>

Vir my doeleindes is 'n verdere ontleding van gemelde leerstuk of 'n detail-bespreking van die toepassing van redelikheid en billikheid in geval van

---

<sup>1</sup> Ander voorbeelde by Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 322 ev.

<sup>2</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 333 ev.

<sup>3</sup> Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 317 ev.



onvoorsiene omstandighede in die Nederlandse reg nie verder behulpsaam nie.

Ten slotte moet daarop gewys word dat die Nederlandse reg erken dat die derogerende werking van die redelikheid en billikheid sover strek dat dit ook 'n beroep deur een van die partye op 'n dwingende reël van die reg (byvoorbeeld kontrakformaliteite) kan verhoed.<sup>1</sup>

Die behoefte geen betoog nie dat die redelikheid en billikheid (die goeie trou) ten grondslag lê van die Nederlandse reëls insake derogering.

## DIE DUITSE REG

Die Duitse reg, net soos die Nederlandse reg, het in die twintigste eeu ver van 'n strakke wilsleer en kontraktuele formalisme wegbeweeg na 'n stelsel wat kontraktuele geregtigheid nastreef. Dit vind ons in die toepassing van die Duitse grondwet (die *Grundgesetz*) en 'n aantal bepalinge van die *Bürgerliches Gesetzbuch* (die BGB).<sup>2</sup>

### Die *Grundgesetz*

Die Duitse *Grundgesetz* reël nie alleen die publiekreg nie, want die norme en waardes daarvan geld ook op alle gebiede van die privaatreë. Dit word bewerkstellig deur die erkenning van *Drittwirkung* van die grondwet, dit wil sê die leerstuk dat die grondwetlike bepalinge en norme ook die verhouding tussen partye *inter partes* bepaal. Hierdie *Drittwirkung* kan direk (*unmittelbar*) of indirek (*mittelbar*) wees. In hierdie verband het die *Bundesverfassungsgericht* (die Grondwetlike Hof) beslis dat die Grondwet nie waarde-vry of waarde-neutraal is nie; dat die menseregte-bepalinge objektiewe waarde-

---

<sup>1</sup> Asser-Hartkamp *Verbindenissenrecht* 2001 op 313 ev. vir meer besonderhede.

<sup>2</sup> Vir 'n waardevolle oorsig van goeie trou in die Duitse reg, sien Werner F Ebke and Bettine M Steinhauer *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law* in Beatson and Friedmann (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* Clarendon Press London 1975 op 171-190.

ordeninge daarstel; dat hierdie waarde-ordeninge hul kern vind in die mens se persoonlikheid en sy waardigheid wat in 'n gemeenskap vrylik kan ontwikkel en dat dit op alle terreine van die reg geld. Dit beïnvloed vanselfsprekend ook die privaatreë. Geen privaatreëtelike bepaling mag daarmee in stryd wees nie en elke bepaling van die privaatreë moet in die gees van die waardestelsel van die Grondwet uitgelê word.<sup>1</sup>

Benewens die toepassing van die grondwetlike beginsels, is daar ook 'n hele aantal bepalinge in die BGB wat op kontraktuele geregtigheid gemik is: bepalinge met betrekking tot uitleg, *dissensus*, aanvulling en derogering. Die bepalinge oor derogering is tans ter sake.

Die ongeoorloofdeheidsbepaling is te vinde in paragraaf 138 van die BGB, wat soos volg lees:

*“Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.*

*Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der Erhblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> B Verf GE, 7 op 198 en 205. Die teks van die relevante deel van die uitspraak en 'n vertaling daarvan is te vinde by SJ du Plessis in sy proefskrif: *Die Begrippe Openbare Beleid en Openbare Belang as Kriterium van Kontraktuele Geregtigheid* 1999 op 149 voetnoot 405.

<sup>2</sup> SJ du Plessis *Die Begrippe Openbare Beleid* 1999 op 153 voetnoot 415 se vertaling lui soos volg: “(1) 'n Reghandelinge, wat teen die gute Sitten indruis, is nietig. (2) In die besonder is 'n reghandelinge nietig, waardeur iemand deur die uitbuiting van 'n ander persoon se (gedwonge) posisie, of onervarendheid, of gebrek aan oordeelsvermoë of aansienlik beperkte wilsvermoë, aan homself of aan 'n derde vir 'n prestasie vermoënsvoordele laat belowe of laat verskaf wat in 'n opvallende wanverhouding tot die prestasie staan.”



Volgens SJ du Plessis<sup>1</sup> moet onder *gute Sitten* verstaan word: “... die geldende gemeenskapsmoraal, waaronder verstaan word die sedelike gedragsvereistes en verwagtinge in die gemeenskap.” Die Afrikaanse uitdrukking die goeie sedes en die Latynse *boni mores* weerspieël die begrip ten beste.

Die begrip *Treu und Glauben* moet gesien word as ‘n besondere toepassing van die goeie sedes – begrip.

Die uitdrukking *Treu und Glauben* kom, wat ons ondersoekveld betref, twee keer voor. Paragraaf 157 BGB lui met betrekking tot uitleg van kontrakte soos volg:

“*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”<sup>2</sup>

Paragraaf 242 BGB lees soos volg:

“*[Leistung nach Treu und Glauben.] Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”<sup>3</sup>

Die werklike doel en aanwendingsgebied van paragraaf 242 is om die regte en verpligtinge van die partye inhoudelik met meer presiesheid te bepaal as wat die kontrak of wettereregtelike reëlings gedoen het of kan doen.<sup>4</sup> Die gevolg is dat:

---

<sup>1</sup> Die Openbare Beleid 1999 op 154.

<sup>2</sup> Kontrakte moet so uitgelê word soos *Treu und Glauben*, met inagneming van dit wat in die gewone gang van sake algemeen is, vereis.

<sup>3</sup> Prestasie volgens *Treu und Glauben*. Die skuldenaar is verplig om so te presteer soos *Treu und Glauben*, met inagneming van dit wat in die gewone gang van sake algemeen gebruiklik is, vereis.

<sup>4</sup> Fikentscher *Schuldrecht* 1976 op 110.

*“Der Gläubiger darf die ihm geschuldete Leistung nur nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, der Schuldner muss seine Leistung mit dieser Massgabe erfüllen.”<sup>1</sup>*

Die grondslag van paragraaf 242 is dat aan elke reg bepaalde sosiaal-etiese grense immanent is. 'n Ooreenkoms postuleer 'n sosiaal-etiese uitoefening van regte.<sup>2</sup>

Ek het reeds in die vorige hoofstuk die betekenis van die *Treu und Glauben*-norm, en die filosofiese en praktiese betekenis daarvan, volledig behandel. Die huidige bespreking word beperk tot die rol van dié norm met betrekking tot derogering.

**(a) Regsmisbruik (*unzulässige Rechtsausübung*) as voorbeeld van derogering**

Sodanige *misbruik van reg* kan in besondere, geïndividualiseerde gevalle (bv. die onredelike uitoefening van 'n reg wat uit 'n kontrakbeding ontstaan) of uit institusionele regsmisbruik voorkom, soos wanneer 'n algemene regsnorm op onredelike wyse aangewend word. Die volgende gevalle word onderskei:

Gevalle wat in die Anglo-Amerikaanse reg betrek word onder die leerstuk van *unclean hands*, asook daardie gevalle wat in die gemenereg deur die *exceptio doli specialis* aangeveg sou kon word.<sup>3</sup>

Die uitoefening van 'n reg word as strydig met paragraaf 242 gesien wanneer die skuldeiser versuim het om sy eie verpligtinge na te kom.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Fikentscher *Schuldrecht* 1976 op 110.

<sup>2</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 229; Münchener Kommentar 2001 op 115 ev.

<sup>3</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 234; Münchener Kommentar 2001 op 219 ev.

<sup>4</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 234; Münchener Kommentar 2001 op 220.



So ook nuttelose regsuitoefening, die uitoefening van 'n reg slegs om derdes te bevoordeel, of om 'n ongeoorloofde doel te bereik, en daardie gevalle waar prestasie gevorder word wat onmiddellik weer teruggegee moet word.<sup>1</sup>

Ook waar gepoog word om ernstige regsgevolge te knoop aan 'n geringe belangeskending deur die teenparty of een wat tot geen nadelige gevolge of skade gelyk het nie, byvoorbeeld die beroep op 'n terugtrekingsreg ingeval van *mora* ten aansien van 'n onbeduidende onderdeel van die skuldenaar se prestasieverpligting.<sup>2</sup>

Dit word as regsmisbruik gesien wanneer 'n vertrouensfeit (*Vertrauens-tatbestand*) vir 'n ander party geskep is en die skepper daarvan teenstrydig daarmee poog op te tree.<sup>3</sup>

**(b) Onttrekking of wegval van die Geschäftsgrundlage (werking van die *clausula rebus sic stantibus*)<sup>4</sup>**

Die *Geschäftsgrundlage* is volgens die regspraak die voorstelling van een of beide partye wat (i) by die kontraksluiting bestaan het; (ii) aan die ander party of aan beide kenbaar geword het en nie betwis is deur enigiemand nie; (iii) met betrekking tot die bestaan of toekomstige intrede van besondere omstandighede waarop die kontrak volgens een of beide partye gebaseer is.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Dolos agit, qui petit, quod statim redditurus est.* Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 234.

<sup>2</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 235.

<sup>3</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 236-242 vir verdere voorbeelde van die hierbo-bespreekte kategorieë.

<sup>4</sup> Sien hieroor Nili Cohen 1995 op 182 ev.; Münchener Kommentar 2001 op 277 ev.

<sup>5</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001 op 242; oor die ontwikkeling van dié leerstuk sien die Münchener Kommentar 2001 op 279 ev.

Wanneer hierdie *Geschäftsgrundlage* dan inderdaad nie bestaan het, of nie intree nie, of verander, het die hof die bevoegdheid om kragtens paragraaf 242 die ooreenkoms op te hef of te wysig.<sup>1</sup>

Gemelde leerstuk stem deels ooreen met die *rebus sic stantibus*-leer van die gemenerereg en deels met die leerstuk van *frustration* in die Anglo-Amerikaanse reg.

Daar is 'n stryd onder Duitse teoretici, van wie daar vele is, of die grondslag van die *Geschäftsgrundlage* in objektiewe dan subjektiewe oorwegings te vinde is. Palandt<sup>2</sup> meen dat dit noodwendig 'n objektiewe beoordeling inhou. Die vraag of die reg relevansie moet gee aan die nie-bestaan, wegval of verandering van besondere omstandighede wat volgens die subjektiewe oordeel van die partye van fundamentele belang was, moet volgens *Treu und Glauben* in die lig van die gemeenskapsopvattinge beoordeel word en is dus in die laaste instansie objektief.

As die *Geschäftsgrundlage* heeltemal ontbreek of wegval, word die kontrak opgehef met al die gebruikelike gevolge daarvan. As die *Geschäftsgrundlage* slegs so verander het dat die kontrak grotendeels nog sinvol uitgevoer kan word, het die hof die bevoegdheid om die prestasieverpligting van beide partye, gedagtig aan die kriteria van paragraaf 242<sup>3</sup> aan te pas.

Die hoef beswaarlik beklemtoon te word dat veral met aanwending van die leerstuk van die *Geschäftsgrundlage*<sup>4</sup> die Duitse hof bevoegdheid het om, na gelang van veranderde omstandighede, die kontrak tussen die partye op te hef, aan te vul of te verander.

---

<sup>1</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 1997 op 237.

<sup>2</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* 1997 op 237; oor die twee teorieë sien ook die Münchener Kommentar 2001 op 281 ev.

<sup>3</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 2001.

<sup>4</sup> Ontwikkel in die twintiger jare deur Professore Krückmann en Oertmann – sien WA Ramsden, *Supervening Impossibility of Performance and Changed Circumstances in German Law* in (1976) 39 THRHR 367 op 375 vir die historiese agtergrond.



Soos reeds opgemerk is die bepalings van paragraaf 242 en die *Treu und Glauben* geen selfstandige regsreël met 'n bepaalde inhoud nie. Dit lê 'n oop norm neer en dit hang van die feite van elke geval af hoe daardie norm aangewend word, natuurlik met inagneming van die gemeenskapsopvattinge. Die toepassing van paragraaf 242 is dus 'n regterlike taak, maar gee nie aan die regter 'n ongebonde diskresie om verhoudinge volgens eie goeie dinge te reël nie. Dit was die bedoeling dat paragraaf 242 (oorspronklik par. 224.1 in die Ontwerp) die rol sou vervul van onder andere die gemeenregtelike *exceptio doli generalis*. Dit is deur die regspraak egter veel wyer uitgebrei as die gemeenregtelike begrip, maar vertrouensbeskerming bly een van die belangrikste beginsels.

'n Waardevolle oorsig van goeie trou in die Duitse reg is dié van Werner F Ebke and Bettine M Steinhauer.<sup>1</sup> Op 171-172 vat hulle die posisie soos volg saam:

*"In German contract law, the doctrine of good faith fulfils three basic functions: it serves as the legal basis of interstitial law making by the judiciary, it forms the basis of legal defences in private law suits, and it provides a statutory basis for reallocating risks in private contracts. The doctrine of good faith has been used by the courts to create new causes of action where no cause of action existed in statutory law. According to the courts, the doctrine may also be relied upon as a defence in cases where, unforeseen by the parties, the basic assumptions underlying their contractual relationship have changed fundamentally between the time the contract was entered into and the agreed upon time of performance. In a third group of cases, the doctrine of good faith has been employed by the courts to reallocate risks between parties to a contract where stringent adherence to*

---

<sup>1</sup> *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law* in Beatson and Friedmann (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* Clarendon Press London 1975 op 171-190.

*traditional principles and rules of law would have led to undesirable results."*

### **Excursus: Die posisie in die Europese kontraktereg**

Gesien die lang Vastelandse tradisie van erkenning van die *bona fide*-leerstuk, is dit nie verbasend dat die Kommissie vir Europese Kontraktereg by die opstel van die *Beginnels van die Europese Kontraktereg* 'n groot mate van erkenning daaraan verleen het nie.<sup>1</sup>

Die beginsel van privaatoutonomie word, as basiese uitgangspunt, gekoppel aan die vereistes van *good faith and fair dealing*.<sup>2</sup> Die Beginsels moet interpreteer en uitgebrei word volgens hul doeleindes. In die besonder moet *good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity in application* bevorder word.<sup>3</sup> 'n Algemene verpligting is dat elke kontraksparty ooreenkomstig *good faith and fair dealing* moet optree, welke verpligting nie kontraktueel uitgesluit mag word nie.<sup>4</sup>

'n Belangrike klousule is art. 1:302, want dit poog om die begrip *redelikheid* te omskryf, te wete dit moet beoordeel word ooreenkomstig dit wat persone wat in goeie trou handel en in dieselfde posisie as die betrokke partye verkeer, as redelik sou beskou.

'n Persoon wat voor-kontraktuele onderhandelinge afbreek strydig met *good faith and fair dealing* is tot vergoeding van die ander se skade verplig.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Ek verwys na die *Principles of European Contract Law*, uitgawe 1998/1999, waarvan slegs die Engelse teks aan my beskikbaar is by die skrywe hiervan. Ek kwoteer dus daaruit waar nodig.

<sup>2</sup> Art 1:102: "*Freedom of contract. (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.*"

<sup>3</sup> Art. 1:106.

<sup>4</sup> Art. 1:201 (1) en (2).

<sup>5</sup> Art. 1:301 (2).



*Good faith and fair dealing* is ook 'n kriterium by dwaling.<sup>1</sup> 'n Onbillike bevoordeling en onbillike kontraktsbedinge is gronde vir vernietiging van 'n kontrak of 'n spesifieke beding daarin; die kriterium in beide gevalle is weer eens *good faith and fair dealing*.<sup>2</sup> Dieselfde kriterium speel ook 'n rol by die uitleg van 'n kontrak,<sup>3</sup> en by die beoordeling of 'n kontrak 'n bepaalde geïmpliseerde beding bevat.<sup>4</sup>

Die bepaling van die 1993 – EG Directive is oorgeneem in die Duitse reg.<sup>5</sup> Dit het betrekking op standard kontrakte. Die gemelde Directive is ook in die Franse reg geïnkorporeer.<sup>6</sup>

Ek kan dus hierdie oorsig van die Vastelandse opvattinge oor die goeie trou en redelikheid en billikheid afsluit met die gevolgtrekking dat sedert die ontstaan van Grieks-Romeinse regskultuur, die opvattinge ten aansien van goeie trou, en redelikheid en billikheid, 'n deurlopende beginsel in die kontraktereg was, wat in die praktyk en as deel van die lewende reg aangewend is om ooreenkomste aan te vul, te interpreteer en, in geval van onbillike of onderdrukkende bedinge, daaraan te derogeer.

## Die Engelse reg

Die beginsel dat *bona fides* as 'n objektiewe, normatiewe maatstaf 'n derogerende rol in die kontraktereg mag speel, was tot redelik onlangs aan die Engelse *common law* onbekend. Beginsels van *public policy* was nog

---

<sup>1</sup> Art. 4:103 (1) (a) (ii).

<sup>2</sup> Sien art. 4:109 en 4:110.

<sup>3</sup> Art. 5:102 (g).

<sup>4</sup> Art. 6:102 (c).

<sup>5</sup> Sien par. 24 a van die AGBG soos gewysig in 1996.

<sup>6</sup> Art. L. 132-1 van die *Code de la consommation*. Vir verdere besonderhede sien Beale, Hartkamp, Kötz en Tallon *Cases Materials and Text on Contract Law* 2002 Hart Publishing Oxford op 524-525.

altyd as deel van die reg aanvaar, maar steeds met skeptisisme, veral waar dit van 'n regter verwag word om dit op 'n bepaalde geval, waarvoor geen presedent bestaan nie, toe te pas. Dit is gesien as 'n *unruly horse*.<sup>1</sup> Die benaderingswyse van die negentiende eeuse regters in Engeland was dat dit nie die taak van die regter is om reg te skep deur buite-geregtelike norme toe te pas nie.<sup>2</sup>

Die negentiende eeuse klassieke kontrakmodel, wat die wilsleer tot die uiterste gevoer het, het vir alle praktiese doeleindes die moontlike erkenning van die leerstuk van *bona fides*, soos toe al reeds in die Franse en Nederlandse kodifikasie gereflekteer, frustreer.

Die verskil tussen die gestrenge reëls van die positiewe reg en die verandering daaraan deur beginsels van die moraliteit en regverdigheid, so bekend aan die Romeinse reg, was ook sedert die twaalfde eeu aan die Engelse regsgeleerdes bekend. Maar in daardie regstelsel het 'n breuk tussen *law* en *equity* ontstaan, nie soseer weens filosofiese of paradigmatische redes nie, maar omdat daar verskillende howe ingestel is om óf die een óf die ander stelsel toe te pas. Teen die dertiende eeu word die King's Bench en die Court of Common Pleas die howe wat die reeds toe geformaliseerde en tegniese *common law* toepas. Hulle het opgehou om *equity* toe te pas. Litigante wat 'n beroep wou doen op die mag van die Kanselier om buitengewone regshulp te verleen op die basis van *equity*, moes hulle tot hom

---

<sup>1</sup> Burroughs J in *Richardson v Mellish* 2 Bing 229 op 252-3, (1824). Vgl. ook *Egerton v Brownlow* [1853] 4 HLC 1 waarin, in die bestek van 16 uitsprake, alle moontlike benaderingswyses toegelig is. Sien veral ook Simon Whittaker en Reinhard Zimmermann *Good Faith in European Contract Law: Surveying the legal landscape* in R Zimmermann en S Whittaker *Good Faith in European Contract Law* Cambridge University Press 2000 op 39 ev. met volledige literatuurverwysing.

<sup>2</sup> PH Winfield *Public Policy in the English Common Law*, 89 Harvard Law Review sê, in die loop van 'n waardevolle bespreking: "Perhaps also, like all English judges, they were practical men, not at all welcoming any statement of the theory of judicial legislation. When this theory peeped out from behind the veil of public policy and confronted eleven of them in a body, most of them were so alarmed at its appearance that they promptly hustled it back again, and seemed disposed to deny the existence not only of the theory but also of the veil which covered it."



en later tot die Chancery Court wend. Die gevolg van hierdie administratiewe verdeling was 'n vervreemding tussen *law* en *equity*:

*"The precocious fixity attained by the rules of the common law had caused the administration of equity to be handed over to a tribunal which had come to be perfectly distinct from any of the common law courts. And this is the origin of the most unique feature of English as contrasted with, for instance, Roman equity. The Roman praetor urbanus administered both law and equity; and therefore it was easier to fuse the two systems: the chancellor and the common law judges were distinct and often rival authorities."*<sup>1</sup>

Ongelukkig het twee faktore die ontwikkeling van billikheid en redelikheid, van morele waardes en goeie trou in die Engelse reg in die weg gestaan. Die eerste is van algemene aard. Dit is dat *equity* self mettertyd verstol het in 'n strenge, *stare decisis*-oorheersde stelsel. Blackstone het al in sy *Commentaries*<sup>2</sup> opgemerk dat *equity* in sy tyd beheers word deur vasgelegde reëls en presedente, waarvan nie afgewyk word nie, alhoewel die bestaansrede daarvan vir kritiek vatbaar was. Kortom: waar dit die oorspronklike doel en *raison d'être* van *equity* was om voor-positiewe waardes te gebruik om die starre reg te versag of aan te vul, het dit reeds in die sewentiende eeu daardie funksie verloor en versteen in maar net nog 'n rigiede stelsel.<sup>3</sup>

Tweedens, en van direkte belang vir die onderwerp tans onder bespreking, is dit so dat die *common law* hoewat af van die afdwingbaarheid van 'n *simple contract*, dit wil sê een wat nie formeel in skrif en geseël was nie, erken het nie. Hulle het nog nie die begrip kon vorm dat die wese van 'n kontrak *consensus* was nie. Maar die Chancellors het wel hierdie idee vanuit

---

<sup>1</sup> Holdsworth *A History of English Law* 7e uitgawe herdruk 1966 op 449.

<sup>2</sup> Vol. iii 432.

<sup>3</sup> Sien hieroor veral Holdsworth *A History* 467-469; vol. IV op 272-285 veral op 217-218.



die kanonieke reg geken. In die kanonieke reg was die beginsels immers: *ex nudo pacto oritur actio*; en om 'n kontrak of belofte te verbreek was 'n sonde. Die Chancery hof het dus die afdwingbaarheid van die *simple contract* erken. Sou die toestand bly voortbestaan het, sou die Chancery hof die alleen-jurisdiksie verkry het om gewone, mondelinge, kontrakte af te dwing en sou, myns insiens, die goeie trou in die Engelse reg as onderdeel van *equity* mettertyd volle erkenning gekry het, te meer weens die invloed van die Romeinse reg in Engeland. Ongelukkig het die *common law* howe wakker geskrik en teen die middel van die veertiende eeu 'n aksie, genaamd *assumpsit*, begin ontwikkel om *simple contracts* af te dwing, mits *consideration* daarvoor gegee is. Tenspyte van moedige pogings van die geniale regter, Lord Mansfield, om dié onlogiese en onnodige regsfiguur af te water, het *consideration* deel van die Engelse kontraktereg geword. Meer nog, dit is deur die hof van Chancery aanvaar. Daarmee het Chancery sy alleenjurisdiksie oor die kontraktereg verloor, het die *common law* howe die laaste seggenskap gekry, en het die rol van Chancery gedaal tot die vlak van 'n hof waarvan die enigste onderskeidende funksie, op gebied van die kontraktereg, was dat dit spesifieke nakoming van 'n kontrak kon gelas, in teenstelling met skadevergoeding as die enigste remedie wat die *common law* howe kon toeken. Die rol van regverdigheid en billikheid in die kontraktereg is daarmee 'n byna onherstelbare knou gegee, want die *common law* howe was uiters traag om *equity* toe te pas.

Hierdie benaderingswyse het nog tot in onlangse tye sy skaduwee oor die Engelse kontraktereg gewerp. In 1963 verklaar Pearson LJ in *Chapman v Honing*<sup>1</sup> dat die verhuurder wat formeel geregtig is om 'n huurkontrak te

---

<sup>1</sup> [1963] 3 WLR 19 op 32. Sien ook nog *Banque Keyser Ullman SA v Skandia (UK) Insurance Co Ltd and Others* [1989] 3 WLR 25 waarin Slade LJ op 80 namens die regbank van die Court of Appeal sê: "True it is that all contracts of insurance are ... based upon the utmost good faith. However, in the case of commercial contracts, broad concepts of honesty and fair dealing, however laudable, are a somewhat uncertain guide when determining the existence or otherwise of an obligation which may arise even in the absence of any dishonest or unfair intent; ..." En weer op 108: "The law cannot police the fairness of every commercial contract by reference to moral principles. It frequently appears with hindsight, as in this case, that one contracting party had knowledge of facts which, if communicated to the other party, would have protected him from loss. However, subject to well recognised exceptions,



kanselleer dit mag doen al was sy motief slegs om die verhuurder te straf omdat laasgenoemde teen hom in 'n saak teen 'n ander huurder getuig het:

*“... [a] person who has a right under a contract or other instrument is entitled to exercise it and can effectively exercise it for a good reason or a bad reason or no reason at all.”*

'n Paar jaar later, in *James Spencer and Co Ltd v Tame Valley Padding Co Ltd*<sup>1</sup> sê Potter LJ.:

*“... [t]here is no general doctrine of good faith in English law of contract. The plaintiffs are free to act as they wish provided that they do not act in breach of a term of the contract.”*

En ten slotte kan verwys word na Lord Ackner wat in *Walford and Others v Miles and Another*<sup>2</sup> konstateer:

*“... the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ... A duty to negotiate in good faith is as*

---

*the law does not and should not undertake the reopening of commercial transactions in order to adjust such losses.”*

<sup>1</sup> Court of Appeal, 8 April 1998, ongerapporteer, inligting uit Whittaker en Zimmermann 2000 op 40 voetnoot 202.

<sup>2</sup> [1992] 2 AC 128 op 138.

*unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party.*"<sup>1</sup>

Tog was daar nog altyd stemme wat die beginsel van goeie trou erken het. Reeds in 1766 het Lord Mansfield<sup>2</sup> met verwysing na *good faith* gesê:

*"The governing principle is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary."*

In 1792 herhaal Lord Kenyon in *Mellish and Another v Motteux and Others*<sup>3</sup> dat

*"... in contracts of all kinds, it is of the highest importance that courts of law should compel the observance of honesty and good faith."*

En, nader aan ons eie tyd het Steyn LJ in *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd*<sup>4</sup> verklaar:

*"A theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or principle of law. It is the objective which has been and still is the*

---

<sup>1</sup> Sien verdere bronne tot dieselfde effek by Whittaker en Zimmermann 2000 op 40-41 en veral Gunther Teubner *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences* (1998) 61 *Modern Law Review* 11 ev.; Hugh Collins, *The Law of Contract* 1997 hoofstukke 13 en 15; Roger Brownsword *Contract Law, Co-operation, and Good Faith: The Movement from Static to Dynamic Market – Individualism*, in Simon F Deakin en Jonathan Michie (ed) *Contracts, Co-operation and Competition* 1997 op 255 ev.; Jack Beatson and Daniel Friedmann *Introduction: From Classical to Modern Contract Law* in Beatson and Friedmann (eds) *Good Faith and Fault in Contract Law* 1995 op 3 ev. Michie (eds) *Contracts, Co-operation and Competition* 1997 op 255 ev.; Sir Anthony Mason *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* in (2002) 116 *Law Quarterly Review* 66-94.

<sup>2</sup> In *Carter v Boehm* (1766) 3 Burr 1905 op 1909.

<sup>3</sup> (1792) Peake 156 op 157.

<sup>4</sup> [1993] 2 Lloyd's Rep 194 op 196.



*principal moulding force of our law of contract. It affords no licence to a Judge to depart from binding precedent. On the other hand, if the prima facie solution to a problem runs counter to the reasonable expectations of honest men, this criterion sometimes requires a rigorous re-examination of the problem to ascertain whether the law does indeed compel demonstrable unfairness.*"<sup>1</sup>

Waar staan die Engelse reg tans op hierdie gebied? 'n Gebalanseerde gevolgtrekking is sekerlik dié van Mason, waarna so pas verwys is.<sup>2</sup> Hy meen dat ten spyte van die verwerping van Lord Mansfield se stelling dat die goeie trou 'n fundamentele beginsel van die Engelse reg is, dit duidelik is dat die algemene kontraktereg bepaalde aspekte van die goeie trou in bestaande reëls en leerstukke opgeneem het. Tweedens, meen hy,

*"... in very recent times, the general law, as it affects contracts, influenced by traditional equitable notions of equity, good conscience and bona fides, has been moving away from the adversarial emphasis on the freedom of the parties to pursue in an uninhibited fashion their own interests. Instead, it is moving towards a conception of contract which places more emphasis, if not on co-operation, at least on conduct which takes account of the interests of the other party to the*

---

<sup>1</sup> Sien ook 'n artikel deur Lord Steyn *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: a Hair-Shirt Philosophy?* in [1991] *Denning Law Journal* 131. Sien ook die waardevolle bespreking van AF Mason *Contract, Good Faith and Equitable Standards*, in *Fair Dealing* in (2000) 116 LQR 66-94; Hugh Collins *The Law of Contract* 1997 op 251 ev. Sien ook die uitspraak van Bingham LJ in *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] 1QB 433 op 439: "In many civil law systems and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as 'playing fair', 'coming clean' or 'putting one's cards face upwards on the table'. It is in essence a principle of fair and open dealing. English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness." Sien *Pao On and Others v Lau Yiu Long and Others* [1980] AC 614; *National Westminster Bank Plc v Morgan* [1985] AC 686; *CTN Cash & Carry Ltd v Gallaher Ltd* [1994] 4 All ER 714 op 717.

<sup>2</sup> *Contract, Good Faith and Equitable Standards* 2000 op 72.

*contract. This movement is associated with a new focus on the reasonable expectations of the parties and it has led to the comment that the law of contract now has a 'real concern with **substantive fairness**'.*<sup>1</sup>

Volgens Mason<sup>2</sup> is die norme van die goeie trou alreeds opgeneem in die volgende reëls of leerstukke van die Engelse reg:

1. Die vereiste van *uberrimae fidei* by versekeringskontrakte.
2. Die plig van 'n verkoper van grond om relevante aspekte met betrekking tot die titel daarvan aan die koper te openbaar.
3. Die reg van 'n verbandhouer om die verhipotikeerde goed te verkoop.
4. Die regsverhouding tussen meerderheids- en minderheids-aandeelhouders.
5. Die verbod teen die vervreemding van goedere deur 'n insolvente individu of maatskappy of een wat op die punt van insolvensie staan ten nadele van skuldeisers.
6. Die regsverhouding tussen 'n geneesheer en pasiënt met betrekking tot voorgenome behandeling.
7. Die reëls met betrekking tot fidusiële verhoudings, onbehoorlike beïnvloeding, *estoppel* en *promissory estoppel*.
8. Die voor-kontraktuele openbaringsplig.

---

<sup>1</sup> Die verwysing na *substantive fairness* is uit PS Atiyah *Contract and Fair Exchange* (1985) 35 University of Toronto Law Journal 1 op 17.

<sup>2</sup> 2000 op 73.



Buite hierdie gebiede en as algemeen-geldende beginsel sou die werking van redelikheid en billikheid en die goeie trou sekerlik in die Engelse regspraak al veel sterker steun geniet het,<sup>1</sup> as dit nie was dat juis op daardie gebied wat dit die geredelikste aanwending kan vind – *verbruikerskontrakte* – die Engelse wetgewer gemelde norme reeds statutêr ingevoer het nie. Dit het dit vir die howe onnodig gemaak om op gemelde gebied skeppend op te tree, maar daar is geen terughoudendheid om die bepalings van die betrokke wet, die *Unfair Contract Terms Act*, 1977, toe te pas nie.

Die hoofbeginsels van dié Wet kan soos volg opgesom word:

- (a) 'n Kontrak, kontraksterm of kennisgewing waardeur 'n persoon sy aanspreeklikheid vir die dood of persoonlike besering van 'n ander weens eersgenoemde se nalatigheid uitskakel of beperk, is nietig.<sup>2</sup>
- (b) In die geval van enige ander soort skade of verlies kan 'n persoon nie sy aanspreeklikheid vir nalatigheid uitskakel of beperk nie, tensy dit aan die vereiste van *reasonableness* voldoen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sien Mason *Contract, Good Faith and Equitable Standards* 2000 op 73 vir gesagsbronne. Nili Cohen in Beatson en Friedmann (eds) 1995 is meer pesimisties: "*Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 made use of classical contract law by adhering to rules (certainty and definiteness) and the rejection of standards (good faith, reasonableness). The purpose of the formal rule (certainty in *Walford* was to guarantee the true intention of the parties, but its application destroyed that very purpose. The case gave primacy to the formal rule, which was initially intended to protect the intention of the parties, but which ultimately ignored that clear intention. As one commentator pointed out: 'If business persons choose to bind themselves to negotiate in good faith, why should the law not enforce that promise as best as it can ...?'"

*Lacking the tradition of a good faith system, English law has shown a reluctance to be assisted by this standard as a means to subdue the formal rule. By preserving the governance of rules, English law has thus reinforced the values of certainty and security and undermined those of cooperation and solidarity, regarded as the underlying values of modern contract law. Indeed, Professor Atiyah is of the opinion that since 1980 there is a post-modern return to the classical principles, and no doubt the case of *Walford* exemplifies such a trend."*

<sup>2</sup> Art. 2 (1).

<sup>3</sup> Art. 2 (2).

- (c) In geval van verbruikerskontrakte of kontrakte gesluit op standaard-terme kan geeneen van die party deur 'n kontrakbeding hom teen aanspreeklikheid vir sy eie kontrakbreuk beskerm of sy aanspreeklikheid beperk nie,

óf eis dat hy 'n ander prestasie kan lewer as daardie "*which was reasonably expected of him*";

óf eis dat hy nie of nie ten volle hoef te presteer nie,

behalwe, in al drie genoemde gevalle, as die kontraksterm waarop hy hom beroep "*satisfies the requirement of reasonableness*".<sup>1</sup>

- (d) 'n Verbruiker is nie aan 'n kontrakbeding waardeur hy 'n ander persoon (bv. die fabrikant van 'n defekte artikel) skadeloos stel weens laasgenoemde se nalatigheid of kontrakbreuk gebind nie, tensy die beding "*satisfies the requirement of reasonableness*".<sup>2</sup>

- (e) In die geval van die verkoop van goedere wat gewoonlik vir private verbruik of gebruik verskaf word, en waar verlies of skade ontstaan weens 'n defek in die goedere of weens die nalatigheid van die fabrikant of verspreider daarvan, kan aanspreeklikheid vir sodanige verlies of skade nie deur 'n kontrakbeding uitgeskakel of verminder word nie.<sup>3</sup>

- (f) Aanspreeklikheid weens die verbreking van 'n kontrak word beheer deur:

---

<sup>1</sup> Art. 3.

<sup>2</sup> Art. 4.

<sup>3</sup> Art. 5.



- \* artikel 12 van die *Sale of Goods Act 1893* (verkoper se waarborge ten aansien van sy titel by koopkontrakte);
- \* artikel 8 van die *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* (verkoper se waarborg van titel by huurkoopkontrakte);
- \* artikels 13, 14 en 15 van die *Sale of Goods Act 1893* ten aansien van die verkoper se waarborge ten aansien van die goedere se kwaliteit en geskiktheid vir die doel waarvoor dit aangekoop is); en
- \* artikels 9, 10 en 11 van die bogemelde 1973 wet, ten aansien van die waarborge so pas vermeld, in geval van huurkoopkontrakte.

mag nie deur 'n kontraksbeding uitgesluit of beperk word nie.<sup>1</sup>

- (g) Artikel 11 (1) bepaal dat vir die doeleindes van die onderhawige wet *reasonableness* beteken “*that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made*”.
- (h) Artikel 11 (2) lê vyf *riglyne* neer om te bepaal of 'n kontraksbeding aan die toets van redelikheid voldoen. Hulle is:
  - (a) “*The strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking account, (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;*

---

<sup>1</sup> Art. 6.

- (b) *whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;*
- (c) *whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any course of dealing between the parties);*
- (d) *where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;*
- (e) *whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer."*

Hierdie riglyne word byna daagliks deur die Engelse howe toegepas en die stelsel werk bevredigend.<sup>1</sup> Verre daarvan dat gemelde bepalings verwyf word dat dit regsekerheid ondermyn – die gewone beswaar teen die invoering van die *bona fides* of redelikheid en billikheid as behorensprinsiepe in die kontraktereg – het dit opsigtelik die Engelse howe aangespoor om dié algemene uitgangspunt te verwelkom. In *Laceys Footwear (Wholesale) Ltd v Bowler International Freight Ltd and Another*<sup>2</sup> verklaar die hof dat hy verkies om te vra of dit in al die omstandighede redelik is om 'n party aan 'n kontrakbeding gebonde te hou, eerder as "*to have resort to interpretative devices of almost Byzantine sophistication to arrive at a result that the words of a contract do not mean what, on the face of it, they clearly do mean*".

---

<sup>1</sup> Vir volledige verwysing na die regspraak, sien veral *Chitty on Contracts* 28e uitgawe, Sweet & Maxwell London 1999 in par. 14-081, 14-085, 14-088 ev.

<sup>2</sup> [1997] 2 Lloyd's Rep. 369 op 385.



Nogtans was die bepalings van die *Unfair Contract Terms Act 1977* nie voldoende om verbruikers te beskerm nie. In 'n verslag in September 1996 het die *Office of Fair Trading* verslag gedoen dat die gebruik van onbillike kontraksbepinge wydverspreid in die Verenigde Koninkryk voorkom en 'n ernstige probleem is.<sup>1</sup> Intussen egter en wel op 5 April 1993 het die Europese Gemeenskapsraad ('die *EC Council*') 'n voorskrif ('die *Directive*') uitgevaardig ten opsigte van *Unfair Terms in Consumer Contracts*. Hierdie Directive is toe in Engeland as wet aanvaar deur die *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* ('die 1994 Regulasies'). Ek verwys hierna na die 1999 Regulasies.<sup>2</sup> Hierdeur het die *EC Directive* van 1993 deel van die Engelse reg insake standaardkontrakte geword en moet deur die hofe van daardie land toegepas word. Hierby moet in gedagte gehou word dat die uiteindelijke beroep na die Europese Geregshof lê, wat 'n meer liberale en teleologiese uitlegmetode as dié van die Engelse hofe volg.<sup>3</sup> In terme van die 1999 Regulasies is die pos van 'n *Director General of Fair Trading* geskep wat namens verbruikers kan optree om 'n hof te nader vir 'n interdik of verklarende bevel ter nakoming van die regulasies.

Die 1993 *Directive* en die 1999 Regulasies bestryk, in hoofsaak, twee aangeleenthede met betrekking tot standaardkontrakte. Eerstens, dit vereis dat die bedinge van so 'n kontrak billik ('*fair*') moet wees, en tweedens dat 'n skriftelike verbruikerskontrak in '*plain, intelligible language*' bewoord moet wees (die sg. *transparency-toets*).<sup>4</sup>

Vir huidige doeleindes is die eerste vereiste, naamlik dat die kontraksbepinge redelik moet wees, van belang. Die voorskrif ten aansien van redelikheid word omskryf in Regulasies 5 (1) en 6 (1):

---

<sup>1</sup> Sien by *Chitty on Contracts* vol. 1 1999 par. 15-003.

<sup>2</sup> Ten aansien van die agtergrond sien *Chitty on Contracts* vol. 1 1999 par. 15-004 ev.

<sup>3</sup> *Chitty on Contracts* vol. 1 1999 par. 15-005; sien ook Beale, Hartkamp, Kötz en Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law* 2002 Hart Publishing, Oxford.

<sup>4</sup> Vir 'n goeie oorsig sien Beatson, *Anson's Law of Contract* 2002 op 300 ev.

- "5 (1) *A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.*
- 6 (1) *Without prejudice to regulation 12 (tans nie van belang) the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or another contract on which it is dependent."*

Die formulering van die *Directive* en die aangehaalde Regulasies is op die Duitse *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* van 1976 gebaseer. Dit voer die Vastelandse *bona fides*-begrip en die beginsels van paragraaf 242 van die BGB direk in die Engelse reg in.<sup>1</sup>

Onder hierdie omstandighede meen ek dus dat die beslissings wat reeds deur die Duitse howe ingevolge paragraaf 242 van die BGB en die 1976 *Gesetz* geneem is, deur die Europese Geregshof en noodwendig deur die Engelse howe gevolg sal word.

Maar die nuwe ontwikkelinge in Engeland, veral die Vastelandse, Amerikaanse en gemenebestelike invloed, het reeds veroorsaak dat die beginsels van redelikheid en billikheid en die goeie trou in die Engelse reg buite die gebied van die statutêre ingrepe en die bestaande leerstukke, aangedui deur Mason en hierbo weergegee, aanwending begin vind het.

Ek meen dat die Engelse howe in ruim mate van '*equity*' gebruik begin maak om die algemene filosofie van die goeie trou tussen kontraktante te handhaaf.

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts* vol. 1 1999 par. 15-34. Oor die huidige stand, sien Simon Whittaker *Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract* in (2002) 116 *Law Quarterly Review* 95-120.



As voorbeeld hiervan en vanweë die feit dat dié spesifieke geval in die Suid-Afrikaanse uitsprakereg tot meningsverskil aanleiding gegee het, neem ek die geval waar 'n vrou vir haar eggenoot of kind borgstaan, terwyl sy mislei is deur die eggenoot of kind oor die inhoud daarvan, of sy deur onbehoorlike beïnvloeding deur hulle oorreed is, of die terme en betekenis van die dokument nie aan haar verduidelik is nie. Is die skuldeiser geregtig om die borgstelling teen die vrou af te dwing?

In die Engelse regspraak het vir baie jare groot meningsverskil hieroor bestaan, totdat die *Court of Appeal* in 1992 in *Barclays Bank plc v O'Brien and another*<sup>1</sup> beslis het dat die vrou, in gepaste omstandighede, *nie* aanspreeklik is *nie*. In gemelde saak is die basis van die vrou se verweer as sou dit op *agency* (deur die man) berus het, verwerp. Met steun op die uitspraak van regter Dixon in die Kanadese saak van *Yerkey and Another v Jones*<sup>2</sup> ontwikkel Scott LJ in *O'Brien* die beginsel dat *equity* die vrou beskerm. Hy het gesê dat dié beskerming nie vir onafhanklike partye geld nie, maar spesiaal op die vrou in genoemde omstandighede van pas is. Op grond van 'policy' beslis Scott LJ<sup>3</sup> dat die vrou in genoemde gevalle spesiale beskerming geniet.

Die beslissing van die *Court of Appeal* is op appèl na die *House of Lords* geneem, en is daar gehandhaaf.<sup>4</sup> Die *House of Lords* (per Lord Browne-Wilkinson), meen egter dat dit nie nodig is om met 'n '*special equity*' slegs ten gunste van 'n vrou te werk nie. Die gewone beginsels van *equity*, wat in die kennisleer opgeneem is, is voldoende om die vrou en *alle ander derdes* waar daar 'n emosionele band tussen die hoofskuldenaar en die borg bestaan te beskerm.<sup>5</sup> Hierdie uitspraak, verre daarvan dat dit van die uitspraak van die

---

<sup>1</sup> [1992] 4 All ER 983 (CA).

<sup>2</sup> (1940) 63 CLR 649.

<sup>3</sup> Op 1008 H-J.

<sup>4</sup> Sien *Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1993] 4 All ER 417 (HL).

<sup>5</sup> Op 428 h-j; 431 c-g.

*Court of Appeal* verskil, brei die beginsels van equity uit na alle gevalle waar die skuldeiser werklike of konstruktiewe kennis daarvan het. Op 428 h-j verklaar Lord Browne-Wilkinson:

*"In my judgment, if the doctrine of notice is properly applied, there is no need for the introduction of a special equity in these types of cases. A wife who has been induced to stand as a surety for her husband's debts by his undue influence, misrepresentation or some other legal wrong has an equity as against him to set aside that transaction. Under the ordinary principles of equity, her right to set aside that transaction will be enforceable against third parties (eg against a creditor) if either the husband was acting as the third party's agent or the third party had actual or constructive notice of the facts giving rise to her equity. Although there may be cases where, without artificiality, it can properly be held that the husband was acting as the agent of the creditor in procuring the wife to stand as surety, such cases will be of very rare occurrence. The key to the problem is to identify the circumstances in which the creditor will be taken to have had notice of the wife's equity to set aside the transaction.*

*The doctrine of notice lies at the heart of equity. Given that there are two innocent parties, each enjoying rights, the earlier right prevails against the later right if the acquirer of the later right knows of the earlier right (actual notice) or would have discovered it had he taken proper steps (constructive notice). In particular, if the party asserting that he takes free of the earlier rights of another knows of certain facts which put him on inquiry as to the possible existence of the rights of that other and he fails to make such inquiry or take such other steps as are reasonable to verify whether such earlier right does or does not exist, he will have constructive notice of the earlier right and take subject to it. Therefore where a wife has agreed to stand surety for her husband's debts as a result of undue influence or misrepresentation, the creditor will take subject to the wife's equity to set aside the*



*transaction if the circumstances are such as to put the creditor on inquiry as to the circumstances in which she agreed to stand surety."*

Dat *equity* nie tot die verhouding van eggenoot-eggenote of moeder-kind beperk is nie, maar 'n veel breër aanwendingsgebied het, blyk uit die volgende woorde van Lord Browne-Wilkinson op 431 c-g van die uitspraak:

*"I have hitherto dealt only with the position where a wife stands surety for her husband's debts. But in my judgment the same principles are applicable to all other cases where there is an emotional relationship between cohabitees. The 'tenderness' shown by the law to married women is not based on the marriage ceremony but reflects the underlying risk of one cohabitee exploiting the emotional involvement and trust of the other. Now that unmarried cohabitation, whether heterosexual or homosexual, is widespread in our society, the law should recognise this. Legal wives are not the only group which are now exposed to the emotional pressure of cohabitation. Therefore if, but only if, the creditor is aware that the surety is cohabiting with the principal debtor, in my judgment the same principles should apply to them as apply to husband and wife.*

*In addition to the case of cohabitees, the decision of the Court of Appeal in Avon Finance Co Ltd v Bridger [1985] 2 All ER 281 shows (rightly in my view) that other relationships can give rise to a similar result. In that case a son, by means of misrepresentation, persuaded his elderly parents to stand surety for his debts. The surety obligation was held to be unenforceable by the creditor inter alia because to the bank's knowledge the parents trusted the son in their financial dealings. In my judgment that case was rightly decided: in a case where the creditor is aware that the surety reposes trust and confidence in the principal debtor in relation to his financial affairs, the creditor is put on inquiry in just the same way as it is in relation to husband and wife."*

Dat *equity* in bogemelde uitspraak dus 'n wye, algemene werking het en les bes eenvoudig op billikheid en redelikheid (lees: *bona fides*) berus, is duidelik.

## EXCURSUS: ANDER COMMON LAW JURISDIKSIES

Die ontwikkeling van die konsep van *good faith* in bogemelde lande was veel sneller en meer beslis as in Engeland.<sup>1</sup>

### Kanada en Australië en Nieu-Seeland

In 1987 het die *Ontario Law Reform Commission* in 'n verslag getitel *Report on Amendment of the Law of Contract*<sup>2</sup> verklaar:

*"While good faith is not yet an openly recognised contract law doctrine, it is very much a factor in everyday contractual transactions. To the extent that the common law of contracts, as interpreted and developed by our courts, reflects this reality, it is accurate to state that good faith is a part of our law of contracts.*

*In this vein, a great many well established concepts in contract law reflect a concern for good faith, fair dealing and the protection of reasonable expectations, creating a legal behavioral baseline."*

Hierdie gedagterigting is toegepas deur Kelly J in die Hooggeregshof van Nova Scotia in 1991;<sup>3</sup> sedert 1992 in die New South Wales Court of Appeal;<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vir vergelykende inligting, sien *Mason Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 67 ev.

<sup>2</sup> Op 166 van die verslag.

<sup>3</sup> *Gateway Realty Ltd v Arton Holdings Ltd* (No 3) (1991) 106 Nova Scotia Rep (2d) 180 op 192.

<sup>4</sup> *Renard Constructions (ME) Pty Ltd v Minister of Public Works* (1992) 26 NSWLR 234 en *Hughes Bros Pty Ltd v Trustees of the Roman Catholic Church for the Archdiocese of Sydney* (1993) 31 NSWLR 91.



in die Australiese Federale Hof in *Hughes Aircraft Systems International v Aircservices Australia*;<sup>1</sup> in die New South Wales Court of Appeal<sup>2</sup> en in Nieu-Seeland.<sup>3</sup>

## DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Die Amerikaanse konsep en praktyk met betrekking tot die goeie trou, redelikheid en billikheid in die kontraktereg (hierna genoem die *doctrine of good faith*) is volgens prof. Karl Llewellyn, een van die opstellers van die *Uniform Commercial Code*, en 'n kenner van die Duitse reg, uit die Duitse reg in die VSA se regstelsel geresipieer.<sup>4</sup>

Maar, sê Farnsworth, nog voor die opstel van die UCC was dié leerstuk reeds in die VSA, veral New York en Kalifornië, bekend en in die howe toegepas. Regter Posner het in *Market Street Associates Ltd Partnership v Frey*<sup>5</sup> verklaar:

*"The contractual duty of good faith is ... not some newfangled bit of welfare-state paternalism or ... the sediment of an altruistic strain in the contract law, and we are therefore not surprised to find the essentials of the modern doctrine well established in nineteenth-century cases ..."*

Reeds in 1912 het Hoofregter Stone geskryf dat die begrip van goeie trou die fondament is van *practically the whole content of the law of equity*.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> (1997) 146 ALR 1.

<sup>2</sup> *In Alcatel Australia Ltd v Scarcella* (1998) 44 NSWLR 349.

<sup>3</sup> Sien *Livingstone v Roskilly* [1992] 3 NZLR 230 op 237; Sien oor die voorgaande AF Mason *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 67 ev. NJ Grové (1998) 61 THRHR 691.

<sup>4</sup> Sien E Allan Farnsworth *Good Faith in Contract Performance* in J Beatson and D Friedmann *Good Faith and Fault in Contract Law* Clarendon Press Oxford 1995 op 153.

<sup>5</sup> 941 F 2d 588 op 595 7<sup>th</sup> Cir. 1991.

<sup>6</sup> Sien (1912) 12 Columbia Law Review 756.

Die Amerikaanse antoniem vir die goeie trou is *unconscionability*. Die regspraak het die leerstuk ontwikkel dat die *unconscionable exercise of a legal right* nie toegelaat word nie. Met ander woorde, net soos in die Romeinse reg van ouds, mag 'n party volgens die strikte reg wel 'n reg of bevoegdheid *ex contractu* verkry het, maar die onredelike uitoefening daarvan word afgekeur – vgl. die *exceptio doli generalis*.

Dié leerstuk is reeds voor die invoering van *Uniform Commercial Code* algemeen deur die howe toegepas. So, byvoorbeeld word 'n verbandhouer belet om die verband op te roep as die skuldenaar vóór kansellasie betaling aanbied, weliswaar laat; trusthouders van eiendom word belet om dit vir hul eie voordeel te gebruik; die toepassing van strafbedinge is afgekeur; met verloop van tyd het erkende kategorieë van gevalle ontwikkel waar dié leerstuk toegepas is. Dit gaan hier om gevalle wat in die Amerikaanse reg *substantive unconscionability* genoem word.<sup>1</sup>

Tipies van die Anglo-Amerikaanse benadering het die howe egter in die algemeen weggeskram daarvan om aan gemelde leerstuk vrye teuels te gee en het probeer om billike resultate te bereik deur bestaande leerstukke aan te wend – soms buite die legitieme grense daarvan. So byvoorbeeld is die leerstukke van *consideration*, *dissensus*, bedrog en onbehoorlike beïnvloeding en die reëls van uitleg bygesleep. Hierdie benaderingswyse was erg onbevredigend.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Sien oor die voorgaande John D Calamari and Joseph M Perillo *The Law of Contracts* 2e uitg. West Publishing Co. St. Paul Minn 1977 op 318-319; Lon L. Fuller and Melvin Aron Eisenberg *Basic Contract Law* 4e uitg. West Publishing Co. St. Paul Minn 1981 op 63-64.

<sup>2</sup> Calamari en Perillo *The Law of Contracts* 1977 op 320-321 sê hieroor: “These approaches, although producing justice in individual cases were highly unreliable and unpredictable ... The conflict between what courts said they were doing and what it was sometimes obvious they were in fact doing has had an unsettling effect on the law, giving the sensitive a feeling of lawlessness, the logician a feeling of irrationality and the average lawyer a feeling of confusion. The tension ‘produced by the contrary pulls of dogmatic prescriptions and the inherent requirements of individual cases’ made unpredictable which of the competing pulls would prevail. ‘Covert tools’, said Karl Llewellyn, principle architect of the Uniform Commercial Code, ‘are never reliable tools.’”



Naas die leerstuk van *substantive unconscionability* soos hierbo beskryf, het ook 'n soortgelyke filosofie en praktyk ontstaan in verband met gebrek aan goeie trou by die kontraksluiting – die sogenaamde *procedural unconscionability*.<sup>1</sup>

Ten einde onsekerheid uit die weg te ruim en die leerstuk van *unconscionability* openlike erkenning te gee, is die *Uniform Commercial Code* ontwerp. In 1940 is die gedagte van 'n *Uniform Commercial Code* aan die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, die belangrikste Amerikaanse regshervormingsliggaam, voorgelê. Met samewerking van die *American Law Institute* en onder leiding van prof. Karl N Llewellyn (van Columbia Law School en later van Chicago Law School) as hoofrapporteur is dit in 1956 voltooi en sedert 1958 tot 1972 gepromulgeer en deur 49 state aanvaar.<sup>2</sup>

Dit is nou duidelik dat hoewel die UCC hoofsaaklik verbruikers beskerm, dit deel van die algemene kontraktereg geword het.<sup>3</sup>

Die belangrikste bepalings van die UCC vir huidige doeleindes is die volgende:

**(a) Artikel 1-203**

*“Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.”*

---

<sup>1</sup> Sien Leff *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause* 1967 (115) *University of Pennsylvania Law Review* 485 op 486 ev.

<sup>2</sup> Sien veral David G. Epstein and Jamis A Martin *Basic Uniform Commercial Code – Teaching Materials* West Publishing Co. St. Paul Minn 1977 op 1-10 en bronne daar vermeld.

<sup>3</sup> Calamari and Perillo *The Law of Contracts* 1997 op 323 ev.; Mason *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 69 ev.

**(b) Artikel 2-302**

*“(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.*

*(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.”*

Wat beteken ‘good faith’ in artikel 1-203?

Die UCC het nie die term omskryf nie, maar volgens Mason<sup>1</sup> omvat dit drie begrippe:

- “(1) an obligation on the parties to co-operate in achieving the contractual objects (loyalty to the promise itself);*
- (2) compliance with honest standards of conduct; and*
- (3) compliance with standards of conduct which are reasonable having regard to the interests of the parties.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing 2000 op 69.

<sup>2</sup> Sien ook EA Farnsworth Good Faith in Contract Performance in Beatson and Friedmann (eds) Good Faith and Fault in Contract Law 1995 op 153 ev.



Volgens Mason<sup>1</sup> het die Amerikaanse howe nie probleme met gemelde begrip nie.

Wat beteken *unconscionable*?

Die UCC definieer dié term nie. Dit sluit ten minste *oppression* en *unfair surprise* in. Die uitsprake toon aan dat dit ook gaan om gevalle van “*gross overall one-sidedness or gross one-sidedness*”.<sup>2</sup> Waar klein skrif in 'n kontrak voorkom, word bewys vereis dat die betekenis daarvan aan die ander party verduidelik is en van *a real and voluntary meeting of the minds and not merely an objective meeting*.<sup>3</sup> 'n *Unconscionable* kontrak is “*one such as no man in his senses and not under a delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other. To what extent inadequacy of consideration must go to make a contract unconscionable is difficult to state, except in abstract terms, which gives but little practical help. It has been said that there must be an inequality so strong, gross, and manifest that it must be impossible to state it to a man of common sense without producing an exclamation at the inequality of it.*”<sup>4</sup>

Die UCC staan egter nie alleen nie. Die *Restatement, Second, Contracts* bevat soortgelyke bepalings:

Artikel 205 van die *Restatement* lui:

“*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement.*”

In die amptelike kommentaar op die *Restatement* word die volgende gesê:

---

<sup>1</sup> *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 70.

<sup>2</sup> *Mason Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 70.

<sup>3</sup> *Weaver v American Oil Co* 49 ALR 3d 306 (1971).

<sup>4</sup> *Toker v Westerman*, District Court of New Jersey 1970 113 NJ Super 452 274 A 2d 78.

*"The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness."*

'n Paar opmerkings oor dié artikel is nodig. Eerstens, die *bona fides*-leerstuk het betrekking op *alle* kontrakte. Tweedens, dit geld vir sowel *performance* as *enforcement*, dit wil sê elke kontraktant se eie prestasieverpligting asook sy bevoegdheid om die teenkant se prestasieverpligtinge af te dwing. Derdens, *good faith* en *fair dealing* word naas mekaar gestel en word nie as sinonieme gebruik nie. Vierdens, *community standards of decency, fairness or reasonableness* is, volgens die kommentaar, die morele norme waarbinne die betekenis van *good faith* and *fair dealing* gevind moet word. Dit beteken implisiet die morele waardes van die betrokke gemeenskap en nie die van 'n vreemde gemeenskap of 'n ingevoerde filosofie nie.

Artikel 208 van die *Restatement* lui:

*"If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result."*

Hierdie bepaling is in wese gelykluidend aan artikel 2-302 van die UCC, en wat hierbo daaroor gesê is, geld ook vir artikel 208 van die *Restatement*.



## Ten slotte:

Dit is opvallend dat die Amerikaanse juriste en houe en die opstellers van die UCC en die *Restatement* nie dieselfde probleme met die goeie trou en redelikheid en billikheid as hul Engelse eweknieë ervaar nie. Hulle deins nie terug om gemelde 'abstrakte' of 'vae' beginsels toe te pas nie. Die Engelse reg staan ook ver agter by die Australiese, Kanadese en Nieu-Seelandse reg. Laasgemelde drie regstelsels en die Amerikaanse reg staan wat hierdie aangeleentheid betref dan ook nie vër agter die Nederlandse en Duitse reg nie. Miskien sal die Engelse reg, onder druk van die *EC Directive* en die 1999 Regulasies tog uiteindelik bykom.

Nogtans moet gekonkludeer word dat die beginsel van derogering op grond van redelikheid en billikheid deel van die Engelse reg is, hoewel dit nog nie die wye en algemene strekking het soos in Nederland en Duitsland nie. Dit is miskien gepas om hierdie bespreking af te sluit met die opmerking van Mason<sup>1</sup> oor die gewone beswaar teen die positivering van die goeie trou in die kontraktereg.

*"Criticism that 'good faith' is an obscure and uncertain concept is sometimes countered by the claim that, in substance, 'good faith' is no more than an excluder of 'bad faith' behaviour."*

## Die Suid-Afrikaanse reg

### Agtergrond

Daar bestaan in ons land geen algemeen geldende wetteregtelike bepaling met betrekking tot die bevoegdhede van 'n hof om aan 'n geldige kontrak te derogeer nie. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het wel in projek sodanige wetgewing voorgestel. Die finale verslag van die Kommissie is aan die Minister van Justisie in April 1988 oorhandig en daar het tot nog toe niks

---

<sup>1</sup> *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing* 2000 op 69.

daarvan gekom nie. Die vooruitsigte vir die invoering van die konsepwet of ander soortgelyke wetgewing skyn dus nie rooskleurig te wees nie.

Die enigste aanknopingspunte vir die erkenning van 'n derogerings-bevoegdheid deur die howe moet dus in ons gemenereg en veral die regspraak gevind word. Ongelukkig heers daar groot verwarring en onsekerheid op hierdie gebied, wat ek hierin aanspreek.

*Daar is slegs twee aanknopingspunte in ons gemene reg en regspraak wat daarop dui dat die howe, onder gepaste omstandighede en sonder om die hele kontrak op grond van ongeoorlooftheid ter syde te stel, 'n mindere drastiese weg kan volg en beslis dat sekere bepalings, terme of klousules van 'n kontrak onafdwingbaar en heeltmaal deurgehaal of verander kan word. As die betrokke bepaling skeibaar is van die oorblywende dele van die ooreenkoms, kan die oorblywende dele steeds geld. As dit onskeibaar is, sal die hele kontrak in die slag bly. Dit volg dus dat uit die oogpunt van die Suid-Afrikaanse regsistematiek, derogering tuishoort onder die konstitutiewe vereiste van geoorlooftheid.*

Die twee aanknopingspunte is (A) die openbare belang en (B) die leerstuk van goeie trou of te wel bona fides.

## **(A) Die openbare belang**

### **(i) Inleiding**

Dit het al 'n juridiese cliché geword dat die openbare belang 'n wilde perd is, wat, eenmaal bestyg, sy eie loop kan neem met onvoorsienbare gevolge. "Openbare belang" is 'n begrip wat nie maklik vir presisering vatbaar is nie en wat geredelik oorblyf word deur en verwar kan word met ander begrippe, soos openbare beleid,



geregtigheid en billikheid en die goeie trou. Daarom het prof. Winfield tereg opgemerk:<sup>1</sup>

*"The attitude of the bench in general towards public policy is one of cautious acceptance of it. They have often repeated Mr. Justice Burrough's metaphor about public policy being an unruly horse. That animal has proved to be a rather obtrusive, not to say blundering, steed in the law reports. It would have been more effective if we had not heard quite so much of it ... And at times the horse has looked like even less accommodating animals. Some judges appear to have thought it more like a tiger, and have refused to mount it at all, perhaps because they feared the fate of the young lady of Riga. Others have regarded it like Balaam's ass which would carry its rides nowhere. But none, at any rate at the present day, has looked upon it as a Pegasus that might soar beyond the momentary needs of the community. The doctrine then has had some reluctant adherents, but upon the whole it is accepted, though it may be 'a very unstable and dangerous foundation on which to build until made safe by judicial decision.'"*<sup>2</sup>

'n Tweede rede vir die argwaan teen die toepassing van die openbare belang veral op gebied van die kontraktereg, is geleë in die inherente konserwatisme van sommige regters en hul vrees om arbitrêr op te tree onder dekmantel van so 'n wye en onpresiese begrippe-arsenaal.

---

<sup>1</sup> (1928) Harvard Law Review op 91-92.

<sup>2</sup> Sien ook *Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd* 1905 TS 775 waarin hoofregter Innes (met wie Mason en Curlewis RR saamgestem het) op 779 verklaar: "In some cases the operation of the rule is clear; but there are others in which it needs careful application. As was said by an English judge years ago: 'Public policy is an unruly horse, and when once you get astride of it you never know where it will carry you.' There is much truth in that homely remark; and the doctrine must be applied with great care and circumspection." Sien ook *Lubbe en Murray Contract* op 237-242; *Lubbe* 1990 Stell LR op 11; *Van der Merwe en Lubbe* 1991 Stell LR op 97; *Cockrell* 1992 SALJ 61.

Hierdie soort benadering loop uit op die beskouing dat die hof slegs *regsreëls* in die eng sin van die woord mag toepas en nie vae norme soos openbare belang en goeie trou nie.

**(ii) Ons regspraak**

Ten spyte van bogemelde besware, is dit tans eenvoudig gevestigde reg dat ons howe die derogerende werking van die openbare belang erken. Reeds in *Eastwood v Stepstone*<sup>1</sup> het hoofregter Innes uitdruklik verklaar dat 'n hof die bevoegdheid het om afdwinging van 'n kontrak "... which are against public policy or contrary to good morals" te weier.<sup>2</sup> Die hof waarsku ook teen 'n oorhaastige aanwending van gemelde bevoegdheid.<sup>3</sup>

Hierna is die openbare belang in 'n hele aantal beslissings toegepas, byvoorbeeld *Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd*;<sup>4</sup> in die Appèlhof-uitspraak in *Wells v South African Alumenite Co*<sup>5</sup> waarin bevestig is dat die openbare belang ook die stelreël *pacta sunt servanda* beliggaam; die Appèlhof-uitspraak in *Jajbhay v Cassim*<sup>6</sup> waarin gesê is dat "... public policy should properly take into account the doing of simple justice between man and man";<sup>7</sup> in die belangrike baanbrekende uitspraak van Botha R in *Rand Bank v Rubinstein*<sup>8</sup> waarin hy beslis het

---

<sup>1</sup> 1902 TS 294.

<sup>2</sup> Op 302 van die verslag.

<sup>3</sup> Op 302 van die verslag.

<sup>4</sup> Supra op 779 van die verslag.

<sup>5</sup> 1927 AD 69 op 73.

<sup>6</sup> 1939 AD 539.

<sup>7</sup> Op 543-544 van die verslag.

<sup>8</sup> 1981 (1) SA 1 (A).



dat die *exceptio doli generalis* verband hou met die openbare beleid, en in die konteks van geregtigheid en billikheid, regterlike diskresie en morele waardeoordele, die begrip *contra bonos mores*, en *fairness and justice*.<sup>1</sup> Ten aansien van die argument dat die openbare belang 'n onsekere riglyn is, verklaar 'n moedige regter Botha, op 215 E-F van die verslag: “A Judge must often, in the exercise of his judicial function, move about in areas of relative uncertainty, where he is called upon to form moral judgments without the assistance of precise guidelines by which to drive at a conclusion. ... I do not see why a Judge should shirk from performing this kind of task, however difficult it may seem to be.” Dit is die korrekte en realistiese houding – dink maar aan die onsekere en wisselende norme onderliggend aan regsbegrippe soos onregmatigheid, skuld en kousaliteit en talle ander – wat daaglik deur regsprekers toegepas word.

Die twee belangrikste Appèlhofbeslissing op hierdie gebied en waarin die derogerende werking van die openbare belang erken is, is *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*<sup>2</sup> en *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*.<sup>3</sup>

In eersgenoemde saak was Ellis in diens van Magna Alloys ingevolge 'n skriftelike kontrak wat 'n beding bevat het dat Ellis belet is om binne twee jaar nadat hy Magna Alloys se diens verlaat het, met hulle direk of indirek mee te ding of in 'n soortgelyke bedryf bedrywig te wees. 'n Strafbedrag van R250 per week is beding vir solank Ellis die verbod verbreek. Magna Alloys beweer dat Ellis hul diens verlaat het en inderdaad die sperklousule verbreek het. By wyse van 'n teeneis vorder hulle 'n bedrag op grond van die klousule.

---

<sup>1</sup> Sien op 214 G – 215 F van die verslag.

<sup>2</sup> 1984 (4) SA 874 (A).

<sup>3</sup> 1989 (1) SA 1 (A).

Die verhoorhof het die teeneis deur Magna Alloys verwerp op grond daarvan dat die gewraakte klousule 'n onafdwingbare ooreenkoms daarstel. Magna Alloys appelleer suksesvol teen die bevinding. Hoofregter Rabie gee die uitspraak van die hof.<sup>1</sup> Die hoofpunte daarvan is die volgende:

- (i) Daar is geen gesag in ons gemene reg dat 'n klousule wat die handelsvryheid van 'n persoon inkort, ongeldig of onafdwingbaar is nie, maar dit bring nie mee dat sulke bedinge in alle omstandighede afdwingbaar is nie.
- (ii) “Beslissings oor die onderwerp toon dat ons Howe al vir baie dekades van die standpunt uitgaan dat dit in die belang van die gemeenskap is dat iedereen vir sover moontlik vry moet wees om hom in die handels- en beroepswêreld te laat geld, en dat 'n onredelike inkorting van hierdie vryheid, of 'n inkorting daarvan wat die openbare belang skaad, nie toegelaat behoort te word nie.”
- (iii) 'n Beroep word ook gedoen op Voet 2.14.16 vir gesag dat ons gemenereg nie ooreenkomste veroorloof wat met die openbare belang strydig is nie.<sup>2</sup>
- (iv) “Omdat opvattinge oor wat in die openbare belang is, of wat die openbare belang vereis, nie altyd dieselfde is nie en van tyd tot tyd kan verander, kan daar ook geen numerus clausus wees van soorte ooreenkomste wat as strydig met die openbare belang beskou kan word nie. Dit sou dus volgens die beginsels van ons reg moontlik wees om te sê dat 'n ooreenkoms wat iemand se handelsvryheid inkort teen die openbare belang is indien die omstandighede van die betrokke geval sodanig is dat

---

<sup>1</sup> Die ander regters was Kotzé, Joubert, Trengove en Van Heerden ARR.

<sup>2</sup> Op 891 G van die verslag.



die Hof daarvan oortuig is dat die afdwing van die betrokke ooreenkoms die openbare belang sou skaad ...”

- (v) Die bewyslas rus op dié persoon wat beweër dat die ooreenkoms onafdwingbaar is.<sup>1</sup>
- (vi) In die onderhawige soort gevalle moet teen mekaar opgeweeg word die reel dat, in die algemeen, die feit dat ‘n ooreenkoms vir een van die partye onredelik of onbillik werk, nie ‘n aanvegtingsgrond is nie; andersyds dat al vir baie jare aanvaar is dat dit die gemeenskap sal skaad as daar ‘n onredelike beperking op iemand se handels- of beroepsvryheid geplaas word. Albei aspekte moet van geval tot geval oorweeg word.<sup>2</sup>
- (vii) In die algemeen kan aanvaar word dat ‘n beperking van ‘n persoon se handelsvryheid wat onredelik is, waarskynlik ook die openbare belange sou skaad indien die betrokke persoon daaraan gebonde gehou sou word.<sup>3</sup>
- (viii) Die resultaat van die aanwending van bogemelde oorwegings mag wees dat ‘n hof moet beslis of hy gaan beveel dat die geheel, of slegs ‘n gedeelte, of geen gedeelte, van die beperking afgedwing behoort te word. *“Dit sou miskien gesê kan word dat die afdwing van enigiets minder as die geheel van die beperking waarop die partye oorspronklik ooreengekom het, daarop neerkom dat die Hof se bevel op ‘n wysiging van die ooreenkoms wat die partye aangegaan het, neerkom, en in ‘n sekere sin is dit natuurlik so. Hou ‘n mens egter in gedagte dat die vraag waarom dit gaan die afdwingbaarheid al dan nie van*

---

<sup>1</sup> Op 893 van die verslag.

<sup>2</sup> Op 893-893 van die verslag.

<sup>3</sup> Op 894 C-D van die verslag.

*die beperkende bepaling is en, verder, dat oorwegings van die openbare belang bepaal of so 'n beperking afdwingbaar behoort te wees, dan is dit myns insiens logies en realisties om die houding in te neem dat indien die afdwing van enige gedeelte van 'n beperking op die relevante tydstip vir die gemeenskap skadelik sou wees, die Hof by magte moet wees om te bevel dat daardie gedeelte nie afgedwing kan word nie. Hierdie gedagte dat die Hof nie daartoe beperk moet wees om te kan sê dat 'n beperking in sy geheel of afdwingbaar of onafdwingbaar is nie, maar dat hy ook by magte moet wees om in 'n gepaste geval, in die lig van die vereistes van die openbare belang, te kan sê dat 'n beperking slegs ten dele afdwingbaar af is, is reeds in sekere onlangse beslissings uitgespreek, en ek stem daarmee saam. Kyk die opmerkinge van Botha R in National Chemsearch (SA) v Borrowman & another (1979 (3) SA 1092 (T)) op 1114 F – 1115 D, en van Van den Heever R in Drewtons (Pty) Ltd v Carlie (1981 (4) SA 305 (C)) op 312 C-D en 313 B-F.”<sup>1</sup>*

- (ix) Op die feite van die onderhawige geval bevind die Hof dat daar niks in die ooreenkoms was wat met die openbare belang strydig is nie.

Ek meen dat gemelde sleutelbeslissing die derogeringsbevoegdheid van 'n hof op die grondslag van openbare belang onomwonde bevestig het. Dit mag so wees, soos SJ du Plessis<sup>2</sup> aantoon, dat daar blyke in gemelde uitspraak is dat in die begrippe openbare beleid en openbare belang verwissel word. Dit doen nie afbreuk aan die oorhoofse waarde

---

<sup>1</sup> Op 895 A-E van die verslag. Ek beklemtoon hier die punt dat anders as in die geval van totale ongeoorlooftheid, dit hier gaan om gedeeltelike onafdwingbaarheid, met die gevolge soos hierbo verduidelik.

<sup>2</sup> Die begrippe openbare beleid en openbare belang 1999 op 22.



van die uitspraak nie. Op die verband tussen die twee begrippe kom ek hieronder terug.<sup>1</sup>

In *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* was die feite, ietwat vereenvoudig, dat 'n mediese praktisyn Beukes 'n skriftelike ooreenkoms met Sasfin, 'n finansieringsmaatskappy aangegaan het in terme waarvan hy 'n onbeperkte en onherroeplike sessie van al sy inkomste aan Sasfin gegee het. Dit het meegebring dat Sasfin in onmiddellike beheer van al Beukes se inkomste geplaas is, en dit hetsy laasgenoemde enige bedrag aan Sasfin verskuldig was. Volgens die kontrak kon Beukes ook nie die reëling beëndig nie. Toe hy begin om van sy inkomste self aan te wend, stel Sasfin interdik-prosedures teen hom in, maar is onsuksesvol in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling en, op appèl, ook in die Appèlhof. Die minderheidsuitspraak hof deur Van Heerden AR, met wie Jansen en Nestadt AR saamgestem het, gelewer. Die meerderheidsuitspraak word in laasgemelde hof deur Smalberger AR (waarmee Rabie Wn HR saamgestem het) verskil slegs oor mindere aspekte van die meerderheidsbeslissing.

Die hoofpunte van die uitspraak van Smalberger AR is die volgende:

- (i) Beukes veg die genoemde klousules aan op die basis dat hul nietig is weens skending van die "... *public policy*".<sup>2</sup>
- (ii) Ons gemenerereg erken nie ooreenkomste wat strydig met "*public policy*" aangegaan is nie.<sup>3</sup>
- (iii) Dit laat die vraag ontstaan wat "*public policy*" behels. Smalberger AR stel tereg dat dié begrip 'n vae inhoud het<sup>1</sup> en

---

<sup>1</sup> Oor die *Magna Alloys* uitspraak, sien veral Lubbe en Murray *Contract* 1988 op 255 met volledige literatuurverwysings.

<sup>2</sup> Op 7 C-D van die verslag.

<sup>3</sup> Op 7 van die verslag, met 'n beroep op *Magna Alloys*, *supra*.

soms moeilik hanteerbaar is, en verwys na 'n aantal menings in die verband, onder andere

*"... contrary to the interests of the community";* of

*"... contrary to the common law";* of

*"... contrary to the moral sense of the community";* of

*"... detrimentally affect(ing) the interests of the community";* of

*"... it is opposed to the interests of the State, or of justice, or of the public";* of

*"... contra bonos mores";* of

... dat daar geen numerus clausus van skendinge van die "public policy" kan wees nie en dat dit aan die hof oorgelaat moet word om, in elke geval, die betrokke oordeel te vel;

*"... public policy should properly take into account the doing of simple justice between man and man";* en

*"... the impropriety of the transaction".<sup>2</sup>*

(iv) Die bevoegdheid van 'n hof om aan bepalings van 'n kontrak te derogeer moet met omsigtigheid en slegs in die duidelikste gevalle uitgeoefen word: *"One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one's individual sense of propriety and fairness".<sup>3</sup>*

(v) Dit wil voorkom of Smalberger AR se eie gevolgtrekking behels dat die uiteindelijke toets is of die betrokke kontrak of deel daarvan *"... which are clearly inimical to the interests of the*

---

<sup>1</sup> Op 7 I-J van die verslag.

<sup>2</sup> Bewysplekke op 8 A – 9 G van die uitspraak.

<sup>3</sup> Op 9 B-C van die verslag per Smalberger AR.



*community, whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy not be enforced”.*<sup>1</sup>

In die onderhawige geval is bevind dat die gewraakte klousules wel indruis teen “*public policy*” en dat, weens ‘n bevinding van die meerderheid van die hof dat die kontrak ondeelbaar is, die hele kontrak onafdwingbaar is. Die minderheidsbeslissing het hieroor ‘n ander mening gehuldig.

Dit sal opgemerk word dat daar ‘n terminologies verskil tussen die *Magna Alloys* en *Sasfin* uitsprake bestaan. In eersgenoemde word van “openbare belang” gepraat, laasgenoemde van “*public policy*”.<sup>2</sup> Is daar ‘n betekenisvolle verskil tussen die twee begrippe?<sup>3</sup>

### **Openbare belang en openbare beleid**

SJ du Plessis<sup>4</sup> het die genoemde begrippe uit alle hoeke deeglik ondersoek en daaroor besin. Sy gevolgtrekkinge kan soos volg saamgevat word:

- (i) Die heersende mening is dat die openbare beleid as die oorkoepelende begrip gesien word.<sup>5</sup>
- (ii) “Die begrippe openbare beleid en openbare belang staan dus ten nouste in verband met die afweging van sowel sosiale as individuele belange.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Op 8 C-D van die verslag.

<sup>2</sup> Openbare beleid.

<sup>3</sup> Sien hieroor o.a. Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 THRHR 561; Lubbe 1980 Stell LR 10; Van der Walt 1993 THRHR 76; Zimmermann *Good Faith and Equity* 258, SJ du Plessis *Die begrippe openbare beleid en openbare belang* 1999 op 99.

<sup>4</sup> *Die begrippe openbare beleid en openbare belang* 1999 op 75-114.

<sup>5</sup> Op 90 van die proefskrif.

- (iii) Du Plessis<sup>2</sup> meen dat die openbare *belang* in verband gebring kan word met 'n gemeenskap met gebalanseerde belange en die openbare *beleid* met die soeke daarna. "Dit word verder aan die hand gedoen dat die begrippe konsekwent gebruik kan word onder andere vanuit die perspektief van 'n bepaalde verhouding tot mekaar: kontrakte en kontraksbedinge word as strydig met die openbare beleid verklaar indien dit strydig is met die openbare belang. In aansluiting hierby lyk dit ook logies om die begrip openbare beleid te sien as die begrip waarmee die verklaarde beleid of program aangedui word, van dit wat in spesifieke omstandighede in die openbare belang is."<sup>3</sup>

Dit skyn my dat die onderskeid tussen die begrippepaar openbare beleid en openbare belang nie verder gevoer kan word nie.

### **Openbare beleid, openbare belang en die *boni mores***

In sommige van die uitsprake waarna hierbo verwys is, is melding gemaak van die kriterium van *contra bonos mores*. Wat is die verband tussen hierdie begrippe?<sup>4</sup>

Hutchison<sup>5</sup> beskryf die begrip *contra bonos mores* soos volg:

*"Agreements are said to be contra bonos mores if they offend our conscience, or sense of what is right, or modesty ... However, the agreement need not entail conduct that is immoral or sexually reprehensible; it is contra bonos mores if it runs contrary to the*

---

<sup>1</sup> Op 95 *in fine*.

<sup>2</sup> Op 100.

<sup>3</sup> Du Plessis op 100 van gemelde proefskrif.

<sup>4</sup> Sien ook Aquilius 1941 SALJ 344-346.

<sup>5</sup> (red) *Willes Principles* op 435.



*accepted customs and usages which are regarded as binding on all members of society ... The distinction between agreements contrary to public policy and those contra bonos mores is not very definite ... and there seems little value in the distinction."*

'n Onderskeid word wel gepoog deur Van der Merwe en andere:<sup>1</sup>

*"Die onderskeid tussen boni mores en openbare belang en openbare beleid is glad nie duidelik nie. In praktyk word die uitdrukking boni mores soos dit in verband met ongeoorloofde gebruik word, hoofsaaklik voorbehoud vir ooreenkomste wat betrekking het op die alledaagse of positiewe moraal of gedragsnorme wat deur die samelewing neergelê word, soos die norme wat seksuele moraliteit en eerlike en behoorlike gedrag reguleer. Daarenteen word gewoonlik gesê dat ooreenkomste wat tot nadeel van die staat is, wat die regspleging verhinder of verhoed, of wat iemand se vryheid om te handel of om ekonomies aktief te wees aan bande lê, teen die openbare belang is. In laaste instansie sou dit wat in die openbare belang is dit wat in ooreenstemming met die goeie sedes is insluit, hoewel 'n ooreenkoms wat nie as sodanig immoreel is nie uit oorwegings van ekonomiese of ander dienstigheid nogtans teen die openbare belang mag wees.*

Waarskynlik is dit onmoontlik of ondoenlik om strenge onderskeidings te handhaaf. Du Plessis<sup>2</sup> doen aan die hand dat:

*"'n Ander moontlikheid is om te aanvaar dat die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip boni mores nie absoluut en prakties onderskeibaar is nie, en dat die begrip boni mores deel vorm van die oorkoepelende begrippe openbare beleid en openbare belang, maar om ter wille van praktiese toepassing 'n bepaalde werksmetode*

---

<sup>1</sup> Kontraktereg op 141.

<sup>2</sup> Proefskrif 107-108.

*te volg. Dit sou inhou dat in 'n geval waar 'n kontrak of kontraksbeding beoordeel moet word en wetgewing en die gemenereg nie duidelikheid bied nie, en derhalwe met die begrippe openbare beleid en openbare belang gewerk moet word, in die eerste plek probeer word om vas te stel of daar relevante gevestigde opvattinge en gebruike bestaan, kan dit as die boni mores beskou word en kan beoordeling aan die hand daarvan plaasvind. Dit word voorgestel omdat gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap taamlik maklik vasstelbaar is. Die gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap word dan steeds as deel van die kriterium openbare beleid en openbare belang beskou, maar is 'n betreklik duidelike faset daarvan. Sou daar geen relevante opvattinge en gebruike bestaan nie, bly geen alternatief oor nie as om met die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig te werk, wat sou inhou die verklaring van die vereistes van die openbare beleid na aanleiding van die openbare belang."*

### **Openbare beleid, openbare belang en die goeie trou**

'n Laaste vraag is wat die verband is tussen die openbare beleid en openbare belang as kriteria vir derogering en die goeie trou normkompleks. Is dit nie maar sinonieme nie en hoe pas dit inmekaar? Op hierdie myns insiens kernvraag word gepoog om hieronder 'n antwoord te vind nadat die goeie trou normkompleks ge-analiseer is.

### **Samevatting**

Dat die begrippepaar openbare beleid en openbare belang duidelik die hof 'n bevoegdheid verleen om aan kontraksbepaling te derogeer en te verander, staan vandag in ons reg soos 'n paal bo water. Dat daar inherente vaaghede in hierdie begrippe verskuil lê, is ook gemene saak. Dit beteken egter nie dat dié derogeringsbevoegdheid illegitiem is of met agterdog bejeën te word nie.



Hoe moet hierdie normkompleks in die struktuur en sistematiek van die kontraktereg beskou word? Ek doen die volgende aan die hand:

- (i) Soos selde êrens in die reg, illustreer die onderhawige normkompleks die rol en plek van voor-positiewe waardes wat mettertyd in die reg gepositiveer word as norme en reëls. Dit is waardegedrewe en deur gemeenskapswaardes bepaalde norme. Die bestaan en werking daarvan bevestig my siening van die struktuur van die privaatreëls en die rol van waardes daarin.<sup>1</sup> Daarom stem ek volmondig saam met Du Plessis.<sup>2</sup>

*“Daar is al na die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg verwys as ‘n ‘algemene norm’,<sup>3</sup> of ‘n ‘ope norm’<sup>4</sup> of ‘n ‘breë waardegebaseerde kriterium’.<sup>5</sup> In aansluiting hierby word aan die hand gedoen dat die openbare beleid en openbare belang beskryf kan word as ‘n ‘algemene waardegeoriënteerde kriterium’, aangesien dit ‘n kriterium is met ‘n algemene strekking wat sowel gebaseer as gerig is op waardes. Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as ‘n kriterium of norm ken daaraan ‘n normatiewe karakter toe en bring dit in verband met die regsïdee, met die behorende van*

---

<sup>1</sup> Sien hoofstuk 2 hierbo.

<sup>2</sup> Proefskrif op 76.

<sup>3</sup> Vgl. Lubbe 1990 *Stell LR* 17.

<sup>4</sup> Vgl. Lubbe 1990 *Stell LR* 17. Hierdie begrip word ook in die Nederlandse reg gebruik. Vgl. in die algemeen in hierdie verband Hart *Concept of Law* 121-132 wat argumenteer oor die ‘open texture’ van die reg.

<sup>5</sup> Vgl. Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 560. In ooreenstemming hiermee verwys Du Plessis 1987 *THRHR* 298 ook vanuit ‘n oorwegend publiekregtelike perspektief na spesifiek die openbare belang as ‘n ‘maatstaf’ en ‘n ‘versamelnaam’.

die reg.<sup>1</sup> Onder andere hierdeur word voorsiening gemaak vir die aanwesigheid van 'n onmisbare mate van moraliteit in die reg.<sup>2</sup> Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as algemene kriterium of norm dui daarop dat die strekking daarvan algemeen en soepel is. Dit beteken terselfdertyd dat die risiko vir 'n mate van vaagheid en regsonsekerheid noodwendig aan die orde is”.

### **Black letter law en ope norme**

Ek wil ten slotte terugkeer na die struktuur van die privaatreë en die rol van waardes daarin. Die opvatting bestaan blykbaar, klaarblyklik onder Engelsregtelike en positivistiese invloed, dat die regter in die regsvindingsproses tot sogenaamde *black letter law*, dit wil sê streng omskrewe regsreëls, beperk is. Hierdie siening geld ten ene male nie in ons reg nie, wat hom roem op sy soepele aard. By ons is alle regsreëls en – norme in vereenvoudige en basiese vorm streng omskryfbaar en dus *black letter law*. Maar sodra ons reëls gedissekteer word, is dit duidelik dat hulle noodwendig uitsonderinge, kwalifikasies en voorwaardes inhou. Dit is hierdie aspekte wat uitdrukking gee aan die gemeenskapswaardes en dus uit die aard van die saak “ope norme” daarstel, dit wil sê wat van die regter verg om die gemeenskapswaardes te bepaal en geregtigheid van geval tot geval te laat geskied. Dit is hoe ons reg ontwikkel het, veral met betrekking tot

---

<sup>1</sup> Vgl. in hierdie verband Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 110-165. Vgl. ook Kelsen *Reine Rechtslehre* 1-24. Daar moet op gewys word dat ten minste die verdere uitbreiding van Kelsen se betoog beskou kan word as positivisties. So bv. etiketteer Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 59-60 Kelsen as 'n positivist en kritiseer hy die afwysing van waardes en waardeoordele. Eweneens krities teenoor Kelsen is Harris *Law and Legal Science* 34-43.

<sup>2</sup> Op die verband en verhouding tussen reg en moraal word vir doeleindes van hierdie proefskrif nie uitdruklik dieper ingegaan nie. Uiteraard is hierdie egter 'n tema wat implisiet regdeur hierdie proefskrif aanwesig is. Met betrekking tot hierdie tema bestaan 'n haas onuitputlike skat literatuur, waarin standpunte wissel (oa) na gelang van die betrokke denktadisie waarbinne geskryf is, bv. positivisties of natuurregtelik. Enkele bronne, wat binne die konteks van die problematiek van hierdie proefskrif insiggewende bydraes lewer, is die volgende: Aquilius 1941 *SALJ* 337-353; Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150 (par. 463); Dahm *Deutsches Recht* 20-24; Schwab *Einführung* 3-6 (Rn 6-10); Hage 1981 *WPNR* 709; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141; Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 550, 560.



waardes soos onregmatigheid, skuld, kousaliteit en dies meer. Waarom sal dit nie ook in die kontraktereg geld nie? Daarom onderskryf ek wat Du Plessis<sup>1</sup> na aanleiding van die Nederlandse reg sê:

*“Die algemene begrippe wat gebruik word in ‘n poging om vir meerdere gevalle voorsiening te maak, kan in die Nederlandse reg ook beskryf word as sogenaamde open of vage normen. Hoewel die regterlike diskresie beperk is, word deur die gebruikmaking van open normen aan die regter ‘n mate van vryheid by die toepassing gelaat. Onder andere in hierdie sin word van “regterreg” (“judge made law”) gepraat. Die bemagtiging van ‘n regter om die inhoud van open normen vir ‘n spesifieke geval verder te konkretiseer, stel die regter in staat om ontwikkeling in die gemeenskap genoegsaam in ag te kan neem en om geregtigheid in die besondere omstandighede van elke individuele geval te kan laat geskied. Natuurlik beklemtoon die gebruik van open normen die bekende probleem van die spanning tussen regsekerheid en billikheid (individuele geregtigheid). Open normen se inhoud word deels bepaal deur die betrokke omstandighede waarin dit toegepas word. Die inhoud van open normen is dus juis vaag ten einde rekening te hou met die onvoorsiene, en is veronderstel om in die spesifieke geval gekonkretiseer te word.”*

Met hierdie opmerkings kan nou oorgegaan word na die tweede moontlike gemeneregtelike derogeringsgrond, te wete die goeie trou.

## **(B) Die leerstuk van goeie trou oftewel *bona fides***

### **(i) Inleiding**

Hierdie terrein is erg-omstrede en staan tans in die spervuur. Begripsuiwering is hier dringend nodig.

---

<sup>1</sup> Proefskrif op 180.

Dit sal onthou word dat in die Romeinse reg 'n onderskeid getref is tussen kontrakte *bonae fidei* en *stricti iuris*, en die onderliggende waardesisteme. In die kontrakte *bonae fidei* moes die regter “*ex aequo et bono*” die saak beoordeel; by die ander groep volgens die *ius strictum*. Mettertyd het die praetor laasgenoemde 'n verweer, gebaseer op dieselfde oorwegings as by eersgenoemde groep, ingevoer, naamlik die sogenoemde *exceptio doli generalis*. Prosesregtelik het die laasgemelde *exceptio* blykbaar tot aan die einde van die Romeinse tydperk 'n aparte bestaan gevoer, so ook by die Glossatore, by die Ultramontane, die Kommentatore, dog waarskynlik nie in die kanonieke reg nie.<sup>1</sup> In Frankryk ontstaan, teen die sestiende eeu, die opvatting dat daar geen onderskeid tussen kontrakte *bonae fidei* en *stricti iuris* bestaan nie; en dié opvatting seëvier duidelik in die sewentiende eeu.<sup>2</sup> In die *usus modernus pandectarum* en by die *ultramontani* is die onderskeid aanvanklik gehandhaaf, maar teen die tyd van Savigny was dit nie meer die posisie nie. In die Duitse kodifikasie is die onderskeid afgeskaf en alle kontrakte word *bonae fidei*<sup>3</sup> en word met die formule *Treu und Glauben*<sup>4</sup> vervang. In die Romeins-Hollandse reg verwerp De Groot<sup>5</sup> die onderskeid tussen kontrakte *bonae fidei* en *stricti iuris*. Voet<sup>6</sup> behou die onderskeid, maar in die agtiende eeu word deur 'n aantal skrywers verklaar dat die onderskeid verval het, onder andere deur Van der Keesel, Van der Linden, Decker en Van Leeuwen.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Sien die volledige bespreking by Botha *Die exceptio doli* 1981 op 1-67.

<sup>2</sup> Botha *Die exceptio doli* 1981 op 70-77 met volledige teksbesprekings.

<sup>3</sup> Botha *Die exceptio doli* 1981 op 78-82.

<sup>4</sup> Par. 242 BGB.

<sup>5</sup> *De Jure belli ac pacis* 11, 11, 6 in fin – sien teks by Botha *Die exceptio doli* 1981 op 83-84.

<sup>6</sup> *Comment.* 4.3.3.4 en 6; 12.1.3.

<sup>7</sup> Tekste by Botha *Die exceptio doli* 1981 op 88-96.



Die posisie aan die einde van die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg word soos volg deur Botha<sup>1</sup> opgesom:

*“Hoewel die skrywers dit nie altyd eens is oor die rede waarom die onderskeid tussen kontrakte stricti iuris en bonae fidei afgeskaf is nie, staan dit vas dat die onderskeid reeds in die sewentiende eeu in onbruik verval het. Die mores het skynbaar die Romeinse reg mettertyd in die verband oorheers. Dat die exceptio doli generalis deel van die Romeins-Hollandse reg uitgemaak het, staan ook vas. Die verweer word deur 'n aantal prominente skrywers bespreek, dit het in die praktyk voorgekom en geen skrywer sê dat dit afgeskaf is nie. Volgens die meeste skrywers vind dit toepassing by die strictum ius en dien dit ook, volgens die Romeinsregtelike voorbeeld, om die bona fides na alle kontrakte uit te brei. Toe alle kontrakte bonae fidei geword het, moes die exceptio by implikasie baie trefkrag ingeboet het. **Dit beteken egter nie dat die verweer afgeskaf is nie.** Hoewel 'n party hom nie meer uitdruklik op hierdie verweer hoef te beroep het nie, loop die ander party, wat teenstrydig met die bona fides eis, hom in elk geval teen die bona fides, wat vir alle kontrakte gegeld het, vas. Omdat die bona fides ook met behulp van die exceptio doli generalis gegeld het, is hierdie verweer eintlik stilswyend geresipieer toe alle kontrakte bonae fidei geword het. Dit kan die rede wees waarom sommige skrywers die verweer nie vermeld nie.”* (My beklemtoning.)

Dit staan in ons reg vas dat daar geen onderskeid meer tussen kontrakte (en aksies) *bonae fidei* en *stricti iuris* bestaan nie. In *Estate Schickerling v Schickerling*<sup>2</sup> verklaar Davis R:

---

<sup>1</sup> Die *exceptio doli* 1981 op 95.

<sup>2</sup> 1936 CPD 269 op 276.

*"We may say that to-day there is no distinction whatever between contracts stricti juris, such as mutuum, and those bonae fidei, such as sale: there is certainly no contract in which the parties do not warrant the absence of bad faith and no contract which a material fraud will not invalidate."*

Dit synde die posisie, volg dit logies dat die prosesregtelike remedie (verweersmiddel) bekend as die *exceptio doli generalis* eintlik geen aparte, substantiewe bestaan regverdig nie en hoogstens 'n gerieflike juridiese cliché kan word. Die funksie daarvan kan deur die goeie trou as bepalende en myns insiens altyd beskikbare verweer geopper en gepleit word. Ons word immers nie meer uit die graf deur die ou aksievorme geregeer nie, maar deur die norme van die reg en die waardes wat daarin opgesluit lê.

Dit is egter ongelukkig nie die loop van die debat in ons reg geneem het nie. Daar het 'n verwarring ingetree oor die formele en myns insiens steriele vraag of die *exceptio doli generalis* nog bestaan, en daarteenoor die vraag na die substantiewe werking van die onderliggende goeie trou-waardesisteem.

### **Die *exceptio doli generalis*: bestaan dit nog in ons reg?**

In die lig van die jongste uitspraak oor hierdie kwessie is dit onnodig om al die voorgaande uitsprake in besonderhede te ontleed. Ek verwys na die jongste uitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ormelas and Another*.<sup>1</sup>

In die voorafgaande regspraak, is die bestaan van die betrokke *exceptio* erken in 'n aantal beslissings onder andere in *Zuurbekom Ltd v Union*

---

<sup>1</sup> 1988 (3) SA 580 (A).



*Corporation Ltd.*;<sup>1</sup> *Connock's Motors Co v Sentraal Westelike Koop.*;<sup>2</sup> *Baumann v Thomas*;<sup>3</sup> *Nzimande v Smuts and Others*;<sup>4</sup> *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz*;<sup>5</sup> *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd.*;<sup>6</sup> *Schwartz v John Roderick's Motors (Pty) Ltd.*;<sup>7</sup> *Weinerlein v Goch Buildings Ltd.*;<sup>8</sup> *Van Aswegen v Fourie*;<sup>9</sup> *Otto en 'n ander v Heymans*;<sup>10</sup> *Von Ziegler and Another v Superior Furniture Manufactures (Pty) Ltd.*;<sup>11</sup> *Van der Walt v Minnaar*;<sup>12</sup> *Da Mata v Otto NO*;<sup>13</sup> *Phillips and Another v Miller and Another*.<sup>14</sup>

Daarenteen is die bestaansreg daarvan tot 'n mate betwyfel in *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz*<sup>15</sup> en verwerp deur Coetzee R in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Prt) Ltd*,<sup>16</sup> waarin gesê word: "*In a fully developed system of law such an instrument has no meaningful raison d'être and, if anything, is a superfluous anachronism. The influence exerted by the exceptio doli generalis resulted in the creation of principles which no longer required the fiction of dolus which was deemed to be inherent in litis*

---

<sup>1</sup> 1947 (1) SA 514 (A).

<sup>2</sup> 1964 (2) SA 47 (T).

<sup>3</sup> 1920 AD 428

<sup>4</sup> 1960 (3) SA 264 (O).

<sup>5</sup> 1961 (3) SA 604 (T).

<sup>6</sup> 1970 (1) SA 394 (A).

<sup>7</sup> 1940 OPD 170.

<sup>8</sup> 1925 AD 282.

<sup>9</sup> 1964 (3) SA 94 (O).

<sup>10</sup> 1971 (4) SA 148 (T).

<sup>11</sup> 1962 (3) SA 399 (T).

<sup>12</sup> 1954 (3) SA 932 (O).

<sup>13</sup> 1972 (3) SA 858 (A).

<sup>14</sup> 1976 (4) SA 88 (W).

<sup>15</sup> *Supra* op 607-608 van die verslag.

<sup>16</sup> 1977 (2) SA 436 (T).

*contestation under certain circumstances. In the present case the defendant might have achieved the same result if he had been advised to act a little differently after expiry of the leases and the exceptio doli generalis is not at all necessary to do simple justice between man and man."*

***Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*<sup>1</sup>**

Die twee Ornelas broers het hulself ingevolge 'n skriftelike ooreenkoms teenoor Bank of Lisbon as borge en medehoofskuldenare verbind vir die nakoming van hul maatskappy se skulde aan die bank. Addisionele sekuriteite is ook oorhandig. Nadat die maatskappy sy volle skuld aan die bank betaal het en die rekening gesluit het, vorder hulle lewering van die borgaktes en die addisionele sekuriteite. Die bank weier dit op die basis dat laasgamelde 'n eis om skadevergoeding teen die broers het uit hoofde van beweerde kontrakbreuk van 'n dollar-aankoop transaksie. Die meerderheid (Joubert AR, met wie Rabie Wn HR, Hefer en Grosskopf ARR saamgestem het) bevind dat op 'n behoorlike interpretasie van die kontrak dit wyd genoeg was om die broers se aanspreeklikheid vir die beweerde kontrakbreuk in te sluit. Hul aansoek misluk dus. Jansen AR kom in 'n minderheidsuitspraak tot die teenoorgestelde gevolgtrekking.

Die kwessie van die uitleg van die borgkontrak hoef nie tans bespreek te word nie. Die aansoek was gebaseer op wat die broers beweer het *dolus generalis* aan die kant van die bank daarstel, omdat die terughoudingsreg van laasgenoemde gebaseer was op 'n ongeregverdigde en onbedoelde interpretasie. Vir huidige doeleindes moet die klem val op die onderskeie menings oor die bestaan van die *exceptio doli generalis* in ons reg en oor die toepassing van die onderliggende waardes.

Joubert AR se standpunt was, na 'n deurtastende ondersoek van die gemenerereg en vorige beslissings, dat die *exceptio doli generalis* nooit deel van die Romeins-Hollandse reg was nie.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 1988 (3) SA 580 (A).



Die geleerde Appèlregter spreek dan 'n begrafnisrede oor dié *exceptio* uit:<sup>2</sup>

*"All things considered, the time has now arrived, in my judgment, once and for all, to bury the exceptio doli generalis as a superfluous, defunct anachronism. Requiescat in pace."*<sup>3</sup>

Jansen AR daarenteen neem 'n breër beskouing. Hy meen dat dit nie werklik belangrik is of die *exceptio doli generalis* wel *eo nomine* in Holland erken is nie, maar wel van belang is dat "*the principles of the exceptio doli were in fact part of the Roman law that was received in the Netherlands.*"<sup>4</sup>

Jansen AR brei uit op sy siening dat die onderliggende norme wel deel is van ons reg. Om die *exceptio* 'n bestaansreg te ontken, sal 'n vakuum laat.<sup>5</sup>

Die bevinding van die meerderheid van die hof dat die *exceptio doli generalis* as prosesregtelike middel nie deel van ons reg is nie, beteken natuurlik nie dat die onderliggende beginsels nie deel van ons reg is nie. Selfs in die gemenerereg en die Europese stelsels is, toe alle kontrakte as *bonae fidei* erken is, die onderliggende beginsels van goeie trou, Treu und Glauben en redelikheid en billikheid as deel van die substantiewe reg in die kodifikasies

---

<sup>1</sup> Op 605 I-J van die verslag: "*The exceptio doli generalis, in my judgment, was never part of the Roman-Dutch law. This conclusion is confirmed by the significant silence of the authoritative Dutch jurists and by the total absence of judicial recognition of the exceptio doli generalis by the Hof van Holland and West-Friesland and the Hooge Raad.*"

<sup>2</sup> Op 607 B.

<sup>3</sup> Op 608 F-G word gesê dat dieselfde gevolgtrekking m.b.t. die *replicatio doli generalis* geld.

<sup>4</sup> Op 617 D-E saamgelees met 616 I-J van die verslag.

<sup>5</sup> Op 616 C-D van die verslag. Die *exceptio doli generalis* "... constitutes a substantive defence, based on the sense of justice of the community. As such it is closely related to the defences based on public policy (interest) or boni mores ... Conceivably they may overlap: to enforce a grossly unreasonable contract may in appropriate circumstances be considered as against public policy or boni mores ... each case must be judged on its own facts in the light of the sense of justice of the community."

erken. Dit is die impak van die uitspraak van Jansen AR wat myns insiens ondersteun moet word.

Wat het Joubert AR van dié argument gemaak?

Eerstens bevind hy, myns insiens tereg, dat in die Romeins-Hollandse reg, die onderliggende waarde van goeie trou erken is as deel van die reg. Hy verwys onder andere na Dekker in 'n nota op Van Leeuwen,<sup>1</sup> wat die geleerde regter weergee as “...that all contracts were *bonae fidei*. That is to say, the contracting parties were bound to everything which good faith reasonably and equitably demanded. (Compare De Groot 3.15.9 ‘in alle ‘t gunt de goede trouwe nae reden en de billickheid mede-brengt.) Hy verwys ook na De Groot 3.15.9 wat sê dat partye moet wedersyds presteer.<sup>2</sup>

Nogtans vind mens die onverwagte stelling dat die Hollandse howe “... did not administer a system of equity as distinct from a system of law. Roman-Dutch law is itself inherently an equitable legal system. In administering the law the Dutch Courts paid due regard to consideration of equity but only where equity is not inconsistent with the principles of law. Equity could not override a clear rule of law, ... Moreover, I cannot find any support in Roman-Dutch law for the proposition that in the law of contract an equitable exception or defence, similar in effect to the *exceptio doli generalis*, was utilised under the aegis of *bona fides*.”<sup>3</sup>

Laasgemende *dictum* moet vreemd voorkom – selfs verdag – in die lig van die vorige bevinding dat Dekker en De Groot wel so ‘n algemene reël erken het, en dat alle kontrakte in die Romeins-Hollandse reg *bonae fidei* geword het,<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> RHR 4.2.1.

<sup>2</sup> Op 601 G-H van die verslag.

<sup>3</sup> Op 606 A-D.

<sup>4</sup> Uitspraak op 601 H.



wat meebring dat die hoofreël was dat uitspraak *ex aequo et bono* gegee moes word.

Gemelde uitspraak van Joubert AR is dan ook deur die bank deur die akademici gekritiseer.<sup>1</sup>

Kerr<sup>2</sup> is van mening dat die bevindinge deur die meerderheid in die *Bank of Lisbon* geval onversoenbaar is met 'n latere uitspraak van die Appélhof in *Van der Merwe v Meades*.<sup>3</sup>

Ek verskil met eerbied. In *Van der Merwe v Meades* was die vraag wat 'n koper, wat 'n saak waarin daar 'n verborge gebrek was, gekoop het, moet bewys om 'n voetstootsklausule te ontsenu. Die hof, per Joubert AR, beslis dat, volgens die gemenereg, die koper moet bewys dat die verkoper tydens die aangaan van die koopkontrak daadwerklik bewus was van die gebrek en die bestaan daarvan opsetlik verswyg het.<sup>4</sup> In sy bespreking van die gemenereg verwys Joubert AR na 'n passassie van Voet waarin laasgenoemde wel na die *replicatio doli (mali)* verwys.<sup>5</sup> Maar Joubert AR tipeer die koper se repliek nie as 'n *replicatio doli generalis* in ons reg nie. Hy sou dit trouens nie met reg kon doen nie, aangesien hy in die *Bank of Lisbon*-uitspraak self verklaar het dat die *replicatio doli generalis* die lotgevalle van die *exceptio* deel.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Sien o.a. HJ Erasmus (1989) 106 SALJ op 636 ev; Van der Merwe, Lubbe en Van Huyssteen (1989) 106 SALJ op 235 ev.; Lubbe en Murray *Contract* 1988 op 391 ev.; Carole Lewis (1991) Stell LR op 5 ev.; Reinhard Zimmermann in *Southern Cross* 1996 op 254-255; Christie *The Law of Contract* 2002 op 638 ev.

<sup>2</sup> *The Principles of the Law of Contract* 2002 op 638 en in "The replication doli reaffirmed. The exceptio doli available in our law" (1891) 108 SALJ 583.

<sup>3</sup> 1991 (2) SA 1 (A).

<sup>4</sup> Op 8 E-F van die verslag.

<sup>5</sup> Op 7 F-G van die verslag.

<sup>6</sup> Op bl. 608 F-G van die *Bank of Lisbon* verslag.

## Die regspraak insake goeie trou na *Bank of Lisbon*

Die volgende hoofstuk in die drama rondom die rol van goeie trou in ons kontraktereg ontvou in die saak van *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*.<sup>1</sup>

'n Sekere mev. M het op versoek van haar seun sekere aandeelsertifikate aan die ENB oorhandig en 'n borgakte geteken ter versekering van die seun se skulde. Later het haar dogter, as *curatrix bonis*, 'n bevel teen die bank aangevra dat die aandeelsertifikate teruggelewer moet word. Die hof *a quo* het op grond van die gelewerde getuienis bevind dat mev. M tydens die aangaan van die kontrakte geestesongesteld en dus nie handelingsbevoegd was nie. Die aansoek word toegestaan en die appèl daarteen is onsuksesvol.

Die meerderheidsbeslissing<sup>2</sup> volg die patroon van die bevindinge van die hof *a quo*.

Die minderheidsuitspraak<sup>3</sup> verkies om die saak te benader aan die hand van die moderne, uitgebreide regsbeginsele van die *bona fides*.<sup>4</sup> Die funksie van dié begrip (ook genoem die goeie trou) was eenvoudig om gemeenskapsopvattinge ten aansien van behoortlikheid, redelikheid en billikheid in die kontraktereg te verwesenlik.<sup>5</sup> Met verwysing na 'n aantal vorige gewysdes<sup>6</sup> en die mening van Zimmermann<sup>7</sup> dat die goeie trou 'n hele

---

<sup>1</sup> 1997 (4) SA 302 (A).

<sup>2</sup> Per Streicher Wn AR met wie Hefer, Vivier en Zulman ARR saamgestem het.

<sup>3</sup> Op 318 H van die verslag en verder; geskryf deur skrywer deses.

<sup>4</sup> Op 318 I van die verslag.

<sup>5</sup> Op 319 A-B van die verslag.

<sup>6</sup> Sien op 320 D – 321 I van die verslag.

<sup>7</sup> *Good Faith and Equity* in Zimmermann en Visser (reds) *Southern Cross* 1996 op 217-60.



aantal beginselkomplekse in ons reg onderlê,<sup>1</sup> is tot die gevolgtrekking gekom dat daar 'n innige verband bestaan tussen *bona fides*, openbare belang, openbare beleid en *justa causa*<sup>2</sup> en dat

*“... die bona fide-begrip in die kontraktereg 'n onderdeel van die algemeen-geldende openbare belang-beginsel is. Die bona fides word toegepas omdat die openbare belang dit vereis.”*<sup>3</sup>

Na 'n oorsig van vorige uitsprake en die Franse en Nederlandse waardesisteme is gesê:<sup>4</sup>

*“Ek hou dit as my oortuiging na dat die beginsels van die goeie trou, gegrond op openbare beleid, steeds in ons kontraktereg 'n belangrike rol speel en moet speel, soos in enige regstelsel wat gevoelig is vir die opvattinge van die gemeenskap, wat die uiteindelijke skepper en gebruiker van die reg is, met betrekking tot die morele en sedelike waardes van regverdigheid, billikheid en behoorlikheid.”*

---

<sup>1</sup> Bv. Estoppel, rektifikasie, onskuldige wanvoorstelling, die kennisleer, onbehoorlike beïnvloeding en dat dit 'n belangrike rol speel by uitleg van kontrakte, die inlees van stilswyende en geïmpliseerde bedinge, die openbaringsplig by kontraksluiting, fiktiewe vervulling van 'n voorwaarde en die erkenning van repudiëring as 'n vorm van kontrakbreuk.

<sup>2</sup> Op 322 C van die verslag.

<sup>3</sup> Op 322 D-E van die verslag.

<sup>4</sup> Op 326 G van die verslag.

Op die feite van die geval is bevind dat nie aan die vereistes van die goeie trou voldoen is nie omdat die borgkontrak nie afdwingbaar is nie.<sup>1</sup>

Die minderheidsuitspraak is deur akademici oor 'n wye front verwelkom onder andere deur Christie,<sup>2</sup> Neels,<sup>3</sup> Kerr,<sup>4</sup> Dale Hutchison,<sup>5</sup> Neels,<sup>6</sup> CFC van der Walt,<sup>7</sup> SJ du Plessis<sup>8</sup> en SJ Cornelius.<sup>9</sup>

Die enigste negatiewe klank het gekom van Glover<sup>10</sup> wat klaarblyklik regsekerheid bo kontraktuele geregtigheid stel.

---

<sup>1</sup> Op 330 J – 331 D en weer op 331 D-H: “*In gemelde omstandighede meen ek dat die openbare belang nie vereis dat die algemene beginsel, dat 'n handelingsbevoegde kontraktant aan die ooreenkoms gebonde gehou moet word, strak deurgevoer moet word nie. Die Nederlandse en Engelse beslissings hierbo aangehaal dui myns insiens die aangewese benaderingswyse aan. Waar die borg, soos in hierdie geval, opsigtelik ligamlik swak is en uit 'n gesprek met die skuldeiser laat blyk dat hy of sy verward is of moontlik nie die implikasies van die borgkontrak goed verstaan nie, of waar die borg tot die kennis van die skuldeiser 'n eggenote is wat vir die eggenoot borg staan of 'n bejaarde ouer is wat vir 'n kind borg staan, verg die openbare belang myns insiens dat die skuldeiser seker maak dat die borg die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en enige gevolglike sessies goed begryp. Soos in Kingsnorth Trust Ltd v Bell van Others (supra) en Barclays Bank plc v O'Brien and Another (supra) aangetoon, kan dit gedoen word deur aan te dring dat die borg onafhanklike regsadvies kry of deurdat die skuldeiser self die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en ander dokumente aan die borg verduidelik. Wat in die onderhawige geval gedoen is, skiet vër te kort aan hierdie vereistes. Onder die omstandighede is ek van mening dat die bona fides verg dat die borgkontrak en sessie nie teen die pasiënt afgedwing word nie.*”

<sup>2</sup> Contract 2001 op 19-20.

<sup>3</sup> 1999 TSAR 684 ev.

<sup>4</sup> 1998 op 565 ev.

<sup>5</sup> (2001) (118) SALJ 720-746.

<sup>6</sup> 1991 TSAR 477, 1999 TSAR 685 ev., 1999 TSAR 226, 1998 TSAR 702, 716 ev.

<sup>7</sup> 2002 TSAR 33 ev.

<sup>8</sup> Proefskrif: *Die Begrippe Openbare Beleid en Openbare Belang as Kriterium van Kontraktuele Geregtigheid*, PUCHO 1999 op 115 ev.

<sup>9</sup> Proefskrif: *The Interpretation of Contracts in South African Law*, UP 199, 262 ev.

<sup>10</sup> (1998) 61 THRHR 328.



Hierna volg drie uitsprake van die Kaapse Provinsiale Afdeling waarin die *bona fide*-normkompleks wel aangewend is:

Die eerste is *Mort NO v Henry Shields – Chiat*.<sup>1</sup> In hierdie aangeleentheid het dit gegaan om die inhoud en die voortbestaan van 'n mandaat. Die besonderhede daarvan is tans nie van belang nie. In die loop van sy uitspraak wys Davis R daarop dat die leerstuk van goeie trou goed ingeburger is.<sup>2</sup> Hy meen dat dit veral op grondwetlike gronde gebaseer en uitgebrei kan word.<sup>3</sup>

In *Miller and Another NNO v Dannecker*<sup>4</sup> moes Ntsebeza R beslis of 'n mondelinge *pactum de non petendo* opgewerp mag word teen 'n breë nie-

---

<sup>1</sup> 2001 (1) SA 464 (C).

<sup>2</sup> Op 474 G-I van die verslag o.a. met verwysing na die minderheidsuitspraak van skrywer deses in *Eerste Nasionale Bank*, *supra*.

<sup>3</sup> Op 474 J. "Like the concept of *boni mores* in our law of delict, the concept of good faith is shaped by the legal convictions of the community. While Roman Dutch law may well supply the conceptual apparatus for our law, the content with which concepts are filled depends on an examination of the legal conviction of the community – a far more difficult task. This task requires that careful account be taken of the existence of our constitutional community, based as it is upon principles of freedom, equality and dignity. The principle of freedom does, to an extent, support the view that the contractual autonomy of the parties should be respected and that failure to recognize such autonomy could cause contractual litigation to mushroom and the expectations of contractual parties to be frustrate. See GB Glover (1998) 61 THRHR 328 at 334.

*But the principles of equality and dignity direct attention in another direction. Parties to a contract must adhere to a minimum threshold of mutual respect in which 'the unreasonable and one-sided promotion of one's own interest at the expense of the other infringes the principle of good faith to such a degree as to outweigh the public interest in the sanctity of contracts' Zimmermann (supra at 259-60). The task is not to disguise equity or principle but to develop contractual principles in the image of the Constitution. For an instructive insight into this approach see Derek van der Merwe 1998 Tydskrif vir Suid Afrikaanse Reg 1.*

*In short, the constitutional State which was introduced in 1994 mandates that all law should be congruent with the fundamental values of the Constitution. Oppressive, unreasonable or unconscionable contracts can fall foul of the values of the Constitution. In accordance with its constitutional mandate the courts of our constitutional community can employ the concept of *boni mores* to infuse our law of contract with this concept of *bona fides*. See in this regard Janse van Rensburg v Grieve Trust CC 2000 (1) SA 315 (C) at 325-6."*

<sup>4</sup> 2001 (1) SA 928 (C).



wysigingsklousule in 'n skriftelike kontrak. Hy bevind van wel onder andere op die basis van *estoppel*. Maar die geleerde regter verlaat hom ook op die goeie trou-normkompleks en die genoemde minderheidsbeslissing in *Eerste Nasionale Bank*.<sup>1</sup>

In *Janse van Rensburg v Grieve Trust CC*<sup>2</sup> het die vraag ontstaan of 'n verkoper van 'n gebruikte motor wat op sy beurt as deel van die koper se teenprestasie 'n ander gebruikte motor "ingeruil" het, met die *actio quanti minoris* kan ageer as dit blyk dat die "ingeruilde" voertuig van 'n andere, minderwaardige soort is as wat dit beskryf was om te wees. Regter Van Zyl (met wie Griesel R saamgestem het) laat die verkoper se eis toe. Hoofsaaklik op grond van die vorige beslissing in *Wastie v Security Motors (Pty) Ltd*.<sup>3</sup> word bevind dat die aediliesiese aksies wel geld. Maar, vind die hof in die alternatief<sup>4</sup> op die basis van die goeie trou:

---

<sup>1</sup> *Supra*, op 938 D-J van die Miller-uitspraak wat soos volg lees: "Finally, good faith or bona fides has deep roots in South Africa's mixed legal system. In *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman* NO 1997 (4) SA 302 (SCA) at 321-2 ([2997]) 3 B All SA 391 at 406 Olivier JA held that there is a close link between the concepts of good faith, public policy and the public interest in contracting. This is because the function of good faith has always been to give expression in the law of contract to the community's sense of what is fair, just and reasonable. The principle of good faith is then a wider notion of public policy; the courts invoke and apply the principle because the public interest so demands. Good faith accordingly has a dynamic role to play in ensuring that the law remains sensitive to and in tune with the views of the community. (See generally Dale Hutchison *Good Faith in the South African Law of Contract* SA Law Commission, Draft 199). In casu, we would have to assume that good faith lay at the root of the oral agreement constituting the pactum. The plaintiffs would thus hardly be hears to seek to rely on strict compliance with the provisions of clauses 15.1 and 15.2 of the franchise agreement if, indeed, there had been a pactum as alleged by the defendant. The dictates of public policy and the views of the community would never be served by a slavish adherence to a non-variation clause in the fact of an agreement in the form of the pactum.

*It is my view, that if nothing else, the defendant in casu would successfully hold the plaintiffs to the pactum on the grounds that the agreement must be taken to have been entered into in good faith. The good faith basis of contract, after all, imposes an obligation on contractors not to exercise powers in ways which run counter to the concept of bona fides."*

<sup>2</sup> 2000 (1) SA 315 (C).

<sup>3</sup> 1972 (2) SA 129 (C).

<sup>4</sup> Op 325 van die verslag.



*"Such relief is, I believe, required by the principles of justice, equity, reasonableness and good faith inherent in our common law and strongly evident in our law of contract. In addition public policy (the ancient concept of boni mores or 'good morals') demands that the relevant law be extended and adapted to meet the needs of modern commercial practice. This arises from the flexibility of our legal system, as pointed out above, and accords with the recent observations of Olivier JA in the Saayman case supra, where the learned Judge said (at 319 B):*

*'Die funksie van die bona fide-begrip (ook genoem die goeie trou) was eenvoudig om gemeenskapsopvattinge ten aansien van behoorlikheid, redelikheid en billikheid in die kontrakreg te verwesenlik.'*

*In his concurring minority judgment the learned Judge considered the role of good faith (bona fides) in the modern South African law of contract, with reference to a number of Appellate Division decisions which have played an important role in finding fair and just solutions to thorny legal issues. In doing so it has established equitable principles on the basis of public policy and reasonableness."<sup>1</sup>*

Dit bring my by 'n aantal beslissings wat negatief teen die toepassing van die *bona fides* staan.

Die eerste daarvan is *Brisley v Drotsky*.<sup>2</sup> 'n Verskansingsklousule in 'n skriftelike huurkontrak het bepaal dat alle wysigings aan bepaalde formaliteite moes voldoen. Toe die huurderes agterstallig raak met die huurgelde en met uitsetting bedreig word, beroep sy haar onder andere op 'n latere mondelinge ooreenkoms wat haar sou toelaat om vir die eerste ses maande die huurgeld

---

<sup>1</sup> Hierdie beslissing is verwelkom deur GF Lubbe *Ex Africa semper aliquid novi? The Mixed character of Contract Law in the new South Africa* in Jan Smits (red). *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law* (2001) 51.

<sup>2</sup> 2002 (4) SA 1 (A).

te betaal 'soos dit my pas in die loop van die betrokke maand'.<sup>1</sup> Hierdie beroep misluk.

Die meerderheid van die regbank (Harms, Streicher en Brand ARR, in 'n gesamentlike uitspraak) het dit veral teen die siening van die goeie trou as sou dit 'n selfstandige, onafhanklike grondslag bied vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge en beginsels van die kontraktereg.<sup>2</sup> Die gemelde minderheidsuitspraak is een wat die siening van 'n enkel regter verteenwoordig,<sup>3</sup> dit probeer lewe in die *exceptio doli generalis* te blaas en wesenlik dieselfde beginsels onder 'n ander vaandel in te voer,<sup>4</sup> en dit is nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free-floating' basis vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge nie.<sup>5</sup>

In die minderheidsuitspraak van skrywer deses in die *Brisley v Drotsky*-saak word die *bona fide*-beginsel nader getrek. Steun vir die uitspraak van Davis R in die *Mort*-saak is

---

<sup>1</sup> Sien op 10 E-F van die verslag.

<sup>2</sup> Op 13 C-D van die verslag.

<sup>3</sup> Op 13 F-G.

<sup>4</sup> Op 14 A-B van die verslag.

<sup>5</sup> Op 15 D-G: "Wat die rol van goeie trou betref, stem ons in wese saam met die siening van prof. Hutchison (op 743-4) waarvolgens goeie trou nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free-floating', basis vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge bied nie. Goeie trou is 'n grondbeginsel wat in die algemeen onderliggend is aan die kontraktereg en wat uiting vind in die besondere reëls en beginsels daarvan. Of, soos hy dit ter aangehaalde plaatse stel:

*'What emerges quite clearly from recent academic writing and from some of the leading cases, is that good faith may be regarded as an ethical value or controlling principle based on community standards of decency and fairness that underlies and informs the substantive law of contract. It finds expression in various technical rules and doctrines, defines their form, content and field of application and provides them with a moral and theoretical foundation. Good faith thus has a creative, a controlling and a legitimating or explanatory function. It is not, however, the only value or principle that underlies the law of contract; nor, perhaps, even the most important one.'*



uitgespreek.<sup>1</sup> Hutchison se ondersteuning van dié beginsel is ook volledig vermeld.<sup>2</sup>

Daar is ook gesê dat redelikheid en billikheid in die vorm van die goeie trou al hoe meer op die voorgrond tree. “Dit is duidelik dat ons reg in ‘n ontwikkelingsfase is waar *kontraktuele geregtigheid* meer as ooit tevore as ‘n *morele en juridiese norm van groot belang op die voorgrond tree*.”<sup>3</sup> Uiteindelik word die vraag gestel hoe die *bona fides* in die kontraktereg toegepas moet word. Daar word in die uitspraak volle ondersteuning van Neels<sup>4</sup> gegee waar hy sê:

*“Die howe, so is reeds herhaaldelik betoog, behoort die bevoegdheid tot korreksie beginselmstig en terughoudend uit te oefen. Die beginsels van regsekerheid en outonomie vereis dat die wilsooreenstemming wat die partye tot die kontrak bereik het of die redelike vertrouwe wat geskep is, as uitgangspunt moet dien (voorlopige regsoordeel). Slegs in gevalle waar die onredelikheid of onbillikheid van die voorlopige regsoordeel duidelik, klaarblyklik, kennelik of*

---

<sup>1</sup> Op 28 A-E.

<sup>2</sup> Hutchison ‘Good Faith in South African Law of Contract’ in Roger Brownsword, Norma J Hird en Geraint Howells *Good Faith in Contract: Concept and Context* (1999) 213 op 230-231. Vir die gerief van die leser herhaal ek die laaste deel van die passassie aan:

*“It does not dominate contract law but operates in conjunction (and competition) with notions of individual autonomy and responsibility, the protection of reasonable reliance in commerce, and views of economic efficiency in determining the contours of contract doctrine. However, it will ensure just results only if Judges are alert to their task of testing existing doctrines and the operation of particular transactions against the constantly changing mix of values and policies of which bona fides is an expression.*

*On this view of things, which seems to be correct, the influence of good faith in the law of contract is merely of an indirect nature, in that the concept is usually if not always mediated by some other, more technical doctrinal device. Thus, for example, while good faith does not empower a court directly to supplement the terms of a contract, or to limit their operation, it might in appropriate cases enable the court to achieve these same results indirectly, through the use of devices such as implied terms and the public policy rule.”*

<sup>3</sup> Op 31 E-F van die verslag.

<sup>4</sup> (1999) 4 TSAR 700.

*onmiskienbaar is (marginale toetsing), moet dit in die finale regsoordeel gekorrigeer word op die grondslag van nuutverfynde reëls en beginsels.”*

Vervolgens die Kaapse beslissing in *BOE Bank Bpk v Van Zyl*.<sup>1</sup> Toe hy op 'n skriftelike borgkontrak aangespreek word, het die verweerder hom op dwang, wanvoorstelling en onbehoorlike beïnvloeding beroep. Dit het nie geslaag nie. In die loop van die uitspraak verwys Brand R na die argument van die verweerder se advokaat, naamlik dat ons moet wegbeweeg van die – soms kunsmatige – onderskeidings, nie alleen tussen vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding nie, maar ook daartussen en wanvoorstelling en dat ons moet werk met 'n enkele oorkoepelende aanvegtingsgrond wat beskryf word as “*consensus obtained by improper means*” oftewel onbehoorlike verkryging van wilsooreenstemming.<sup>2</sup> Brand R bevind dat die betoog “noulks aanvegbaar” is,<sup>3</sup> maar bevind tog<sup>4</sup> “*Nietemin is ek dit respekvol met Griesel R eens in sy siening dat ons regsontwikkeling nog nie die stadium bereik het waar in beginsel aanvaar word dat 'n kontrak aangeveg kan word op 'n enkele oorkoepelende grond, gebaseer op afwesigheid van bona fides of onbehoorlike verkryging van wilsooreenstemming of – soos dit ook al beskryf is, as 'advantage taking in the course of precontractual' – nie..*”

'n Nuwere beslissing is die in *Afrox Healthcare Bpk v Strydom*.<sup>5</sup> Die vraag was of 'n kontraktuele beding wat 'n hospitaal vir die nalatigheid van sy verpleegpersoneel vrywaar, geldig en afdwingbaar? Die hof bevind van wel, en in die loop van die uitspraak word verskillende aanvalsgronde teen die klousule verwerp, onder andere die openbare belang, die grondwet,

---

<sup>1</sup> 2002 (5) SA 165 (K). Die regbank het bestaan uit Foxcroft en Brand RR en Kotzé Wn R. Die uitspraak is gelewer deur Brand R.

<sup>2</sup> Op 182 C-D van die verslag.

<sup>3</sup> Op 183 B.

<sup>4</sup> Op 183 C-D.

<sup>5</sup> 2002 (6) SA 21 (A).



wanvoorstelling en dwaling en les bes die goeie trou. Daar is egter erken dat abstrakte oorwegings die grondslag en bestaansreg van regsreëls verteenwoordig.<sup>1</sup>

### **Die rol van die goeie trou, redelikheid en billikheid**

Soos blyk uit die bespreking hierbo was die *Fides Romana* en gevolglik die beskerming van die goeie trou 'n belangrike voor-positiewe waarde in die Romeinse reg. Dit is vandag nog so, soos blyk uit die remedies wat ons reg (en die van die ander Westerse regstelsels) verleen aan voor-kontraktuele wanvoorstelling.

Die redelikheid en billikheid is 'n wye, fundamentele etiese norm. Om in stryd met die goeie trou (of met die redelikheid en billikheid) te handel, is strydig met 'n algemene geldende objektiewe regsoortuiging.<sup>2</sup> So, byvoorbeeld, bepaal artikel 3:12 van die nuwe Nederlandse BW:

*"Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening word gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met die maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken."*

---

<sup>1</sup> Op 40 I – 41 B per Brand AR: "In *Brisley v Drotsky* (*supra*) het hierdie Hof egter, by wyse van 'n meerderheidsbeslissing, die uitspraak van Olivier AR (in *Eerste Nasionale Bank, supra*) in perspektief gestel. Aangaande die plek en rol van abstrakte idees soos goeie trou, redelikheid, billikheid en geregtigheid het die meerderheid in die *Brisley*-saak beslis dat, ofskoon hierdie oorwegings onderliggend is tot ons kontraktereg, dit nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free floating' grondslag vir die tersydestelling of die nie-afdwinging van kontraktuele bepalinge daarstel nie (para [22]); anders gestel, alhoewel hierdie abstrakte oorwegings die grondslag en bestaansreg van regsreëls verteenwoordig en ook tot die vorming en die verandering van regsreëls kan lei, hulle op sigself geen regsreëls is nie. Wanneer dit by die afdwinging van kontraksbepaling kom, het die Hof geen diskresie en handel hy nie op die basis van abstrakte idees nie, maar juis op die basis van uitgekristalliseerde en neergelegde regsreëls. (Sien, byvoorbeeld, *Brummer v Gorfil Brothers Investments* (*supra* op 419 F – 420 G).) Derhalwe bied die alternatiewe basis waarop die respondent steun, inderwaarheid geen onafhanklike basis vir sy saak nie."

<sup>2</sup> Hesselink *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 27.

Die norme van redelikheid en billikheid gee vorm vanuit 'n morele en etiese oogpunt aan ons regsbeskouings. Vele outeurs meen tereg dat dit verwys na waardes van die maatskaplike moraal wat buite die reg geleë is.

*“De redelijkheid en billijkheid wordt dan beschouwd als een morele norm, zelfs de hoogste morele norm. Daarbij wordt dan vaak aansluiting gezocht bij de billijkheid van Aristoteles en bij de traditie van het natuurrecht.”*<sup>1</sup>

Die redelikheid en billikheid kan ook beskou word as sou dit op die grensvlak tussen reg en moraal lê. Daarom word dit ook 'n juridies-etiese beginsel genoem.<sup>2</sup> Dit postuleer en vereis eerlikheid, opregtheid, lojaliteit, korrektheid, fatsoenlikheid, verstandigheid en billikheid. Hesselink<sup>3</sup> verwys na 'n stelling van Frans Baert:<sup>4</sup>

*“Het is de consecratie van de eerlijkheid en correctheid in het rechtsverkeer, de verwerping van egoïsme en van het uitsluitend najaag van eigen voordeel.”*

En Michael J Stathopoulos:<sup>5</sup>

*“By good faith we mean candour and fairness which is required in transactions. The person engaging in transactions must as a decent and honourable man impose limits on the relentless pursuit of his individual interests and not remain indifferent to the lawful goods enjoyed by the other party which are affected or may be affected by the*

---

<sup>1</sup> Hesselink *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 30 met verwysing na verskeie skrywers.

<sup>2</sup> Hesselink *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 31.

<sup>3</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 31.

<sup>4</sup> *De goed trouw bij de uitvoering van overeenkomsten*, RM 1956-1975 op 490.

<sup>5</sup> *Contract Law in Hellas*, The Hague, 1995 op 51.



*relation of obligation. He must conduct himself, basically, with sincerity and not engage in hypocritical and devious activities."*<sup>1</sup>

Die redelikheid en billikheid, is ongetwyfeld voor-positiewe waardes. Maar in moderne regstelsels is hul tans vergestalt as regsbeginsels, 'n *Generalklausul* wat nie net op die onderhawige terrein geld nie, maar in beginsel ten aansien van elke menslike handeling, elke menslike verhouding. Dit is die gewete van die gemeenskap wat hier praat, wat regterlike verwesenliking verg.

Waar kom hierdie *gewete* vandaan en wat is weer die onderliggende waardes wat dit geskape en krag gegee het?

Die oerbronne van ons opvattinge van wat reg en verkeerd, billik en onbillik, regmatig en onregmatig is, is ongetwyfeld moeilik te verwoord of te presiseer. Maar ons kom nader aan 'n oplossing as besef word dat die begrip *goeie trou* die *determinant of kernmoment* van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg is.<sup>2</sup> Van der Walt<sup>3</sup> verklaar ook:

*"Goeie trou is die vorm wat die openbare belang aanneem wanneer uitdrukkings soos billikheid en redelikheid gebruik word in die konteks van kontraktuele geregtigheid ..."*

Dit is dus legitiem om, in die konteks van kontraktuele geregtigheid, te vra welke waardes deur die *openbare belang* erken word. Dit gaan hier om oorgelewerde morele- en regsnorme, om religieuse oortuigings (waarop ek hierbo gewys het), om die idees van *pacta sunt servanda* en van regs- en kommersiële sekerheid, van privaatoutonomie, die belange van die *res publica*, *the doing of simple justice between man and man*, die ekwivalensie tussen prestasie en teenprestasie, *broad considerations of fairness and*

---

<sup>1</sup> Hesselink *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 31-37.

<sup>2</sup> Lubbe 1990 Stellenbosch LR 21.

<sup>3</sup> 1993 THRHR 76.

*justice, die boni mores, the sense of justice of the community, unconscionability, the community's perception of justice, equity and reasonableness, en dies meer.*<sup>1</sup>

Toegegee dat al hierdie begrippe vaag is, soos SJ du Plessis<sup>2</sup> tereg aandui, en dat nadere omskrywings nog net verdere terme skep. Dit is egter geen rede om aan dié begrippe te wanhoop of dit te verdoem nie. Inteendeel, dit stel 'n soepele maatstaf daar, word met gemak daagliks deur regters gebruik<sup>3</sup> en vir diegene wat progressief is, duidelik genoeg. 'n Riglyn is miskien gepas. Dit kom uit die bydrae van Reichman-Israelsohn:<sup>4</sup>

*"Is public interest not the balanced health of the community in all its aspects and dimensions, not only of justice and equity but of the entire fabric of society in the interrelation and balance of all its aspects and dimensions, including the economic and social: the Utopian Society, the Holy Grail? And public policy the search for it? It embraces, in its dimension of justice or equity, the instinctive notion of fair play, the instinctive desire to see justice done in accordance with that notion of fair play; the instinctive yearning to live in an honourable community or society which strives for and applies such notions."*<sup>5</sup>

Alhoewel ons howe nie in die algemeen daarvan beskuldig kan word dat hulle ongevoelig teenoor bogemelde benadering staan nie, wil dit tog voorkom asof ons nog in die negentiende eeuse *laissez faire* paradigma veranker is. Die moderne etiese benadering is immers een van sosiale gewete en

---

<sup>1</sup> Grepe uit die regspraak.

<sup>2</sup> Doktorale proefskrif *Die Begrippe Openbare Beleid en Openbare belang as kriterium vir Kontraktuele Geregtigheid*. Potchefstroom 1999 op 5 ev.

<sup>3</sup> Sien Botha AR in *Randbank v Rubenstein*, *supra*.

<sup>4</sup> 1985 SALJ 516.

<sup>5</sup> Sien in die algemeen die uiters waardevolle proefskrif van SJ du Plessis, hierbo vermeld.



maatskaplike verantwoordelikheid, waarsonder kontraktuele geregtigheid nie bewaarheid kan word nie. Ek sluit my dus aan by Zimmermann:<sup>1</sup>

*"The heyday of extreme individualism was shortlived and thus we are witnessing today, all over the world, a transition from freedom of contract to social responsibility. In a broader context, the development can be described as a return to the ethical foundations of the earlier ius commune."*

Die veelbesproke krisis in die kontraktereg is ten slotte terug te voer tot die feit dat die Westerse gemeenskap en gevolglik die Westerse regstelsels in 'n oorgangstadium tussen ongebreidelde outonomie, die reg van die sterkste, die uiterste kapitalisme en die wilsleer enersyds en 'n kollektiwistiese benaderingswyse andersyds verkeer, en nie mooi weet welke siening moet seëvier of hoe om 'n kompromis te bereik nie. Die kontrak is die slagveld waarop hierdie ontwikkeling hom op regsgebied uitspeel. Feinman<sup>2</sup> neem dit tereg as volg saam:

*"Modern contract law ... embodies two general contradictory patterns of analysis which organise the multitude of principles, policies, and arguments. One pattern is the heir to the individualist tradition of the classical image. It proposes a world autonomous, freedom-seeking beings and a body of contract law which aids them in their search. The other pattern is its collectivist opposite. This pattern envisions a world of interdependent, cooperating actors and a body of contract law which encourages their cooperation."*

---

<sup>1</sup> Good Faith and Equity in Southern Cross 1996 op 256.

<sup>2</sup> Critical Approaches to Contract Law (1983) 30 University of California Law Review 829 op 838.

In dieselfde trant ook Nieskens-Isphording<sup>1</sup> wat die kern van die nuwe beweging as 'n strewe na *contractsgerechtigheid* vir beide partye sien. Atiyah<sup>2</sup> wys ook op hierdie tendens en sê dat vir diegene vir wie dit onwenslik is “... *must then face up to the fact that the movement of Western societies in the last hundred years has uniformly been towards a greater recognition of collective and paternalistic goals*”. Soveel vir die Suid-Afrikaanse uitsprake wat dié tendens nie wil erken nie of wat sê dat die tyd daarvoor nie ryp is nie.<sup>3</sup>

Dit alles gegewe, bly die kernvraag welke rol die goeie trou of te wel redelikheid en billikheid in ons kontraktereg speel of moet speel.

In sekere Europese kodifikasies speel die redelikheid en billikheid 'n verbintenis-aanvullende rol: as daar 'n kontrak bestaan, kan die redelikheid en billikheid die regsgevolge daarvan bepaal of aanvul.

Neem byvoorbeeld die Nederlandse bepaling:

Artikel 6:248 NBW

1. *Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.*
2. *Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.*

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 103 ev.

<sup>2</sup> *Essays on Contract* 1986 op 146.

<sup>3</sup> Sien ook voorts Atiyah *Essays on Contract* 1986 op 331: “*The idea of a ‘fair deal’, ‘fair wages’, ‘fair prices’ or ‘fair rents’, and so on is today deeply embedded in most Western societies ...*”



Artikel 6:248 lid 1 dui op aanvulling – dit wil sê die totstandkoming van nie-ooreengekome kontraktuele verpligtinge. Lid 2 dui op derogering, dit wil sê die opheffing van ooreengekome kontraktuele verpligtinge. Dus: hierdie bepalings – soortgelyk aan ander Europese bepalings – dien as ratio vir verbintenisskepping en verbintenisopheffing; meer in besonder vir gedeeltelike kontrakskepping en gedeeltelike kontrakopheffing.

Die redelikheid en billikheid speel dus kwalitatief klaarblyklik 'n ander rol as *consensus*. Dit vul *consensus* aan en kan dit selfs beperk, maar staan nie op sy eie nie. Ook is dit 'n ander grondslag as vertrouensbeskerming – wat ook al die vertrouwe van die partye, die redelikheid en billikheid kan dit aanvul of daaraan afbreuk doen, maar staan nie as selfstandige skuldoorsaak op sy eie nie.

Hoe moet mens dus die rol van die goeie trou verklaar?

In 'n bydrae, wat vir ons doel van besondere belang is, het Franz Wieacker in 1956<sup>1</sup> die werking van die redelikheid en billikheid in die moderne reg verklaar aan die hand van die drie funksies wat Papinianus aan die *praetor* toegeken het,<sup>2</sup> naamlik *iuris civilis iuvandi, supplendi, corrigenda gratia*. Moderne Europese regsgeleerdes klassifiseer die funksie van die redelikheid en billikheid as *interpretasie, aanvulling* en *korreksie*. Dit gaan dus, volgens hierdie siening, nie om die skepping van 'n kontrak as dit nie reeds bestaan nie, maar om die interpretasie, aanvulling en korreksie van 'n bestaande kontrak. In my siening van die struktuur van die privaatreë is die goeie trou 'n belangrike **regsreël** wat die omvang en grense van die kontraksinstelling en sy inhoud en gevolge bepaal.

---

<sup>1</sup> Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart; Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft*, Tübingen 1956:20 ev.

<sup>2</sup> Sien D. 1.1.7.

Die kritiek teen die redelikheid, onder andere deur Hesselink, is dat dié norm saamval met die funksies van die regter, en, vra Hesselink,<sup>1</sup> kan mens dit dan nog beskou as 'n norm? 'n Ander beswaar van Hesselink<sup>2</sup> is dat *die redelikheid* en *billikheid* 'n sogenaamde oop norm is: dit wil sê 'n norm wat geen enkele geval uitsluit nie, wat alles kan verklaar of reël. So 'n norm sê Hesselink, is geen norm nie:

*“Het lijkt er dus op dat de redelijkheid en billijkheid als gevolg van de wijze waarop ze zich in de meeste Europese rechtsstelsels ontwikkeld heeft, niet langer als een norm beschouwd kan worden. Wanneer de inhoud van de redelijkheid en billijkheid gelijk is aan de taak van de rechter ten aanzien van regels, is ze een volledig open norm; dat wil zeggen: geen norm. In alle stelsels waar wordt aangenomen dat de inhoud van de redelijkheid en billijkheid bestaat uit de functies concretiseren, aanvullen, corrigeren, is de redelijkheid en billijkheid dus geen norm. Wat de rechter doet, wanneer hij de redelijkheid en billijkheid ‘toepast’, is in werkelijkheid nieuwe regels ontwikkelen. Welbeschouwd is de algemene redelijkheids- en billijkheids-bepaling dus niets meer dan een spreekbuis voor nieuwe regels.”*

Die derogerende werking van die goeie trou was sedert Romeinse dae “black letter law en is dit myns insiens vandag nog so. Dit is nie sommer net 'n abstrakte idêe nie, maar is 'n regsreël met praktiese gevolge, meer bepaald as 'n sub-reël van die algemene reël aangaande die openbare belang soos hierin betoog word. Dat die hoogste hof in ons land dit nie so insien nie, is te betreuer, maar ek het geen twyfel dat die prentjie in die toekoms sal verander nie.

---

<sup>1</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 405.

<sup>2</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 408 ev.



'n Ander opvatting oor die doel van redelikheid en billikheid word deur JM Smits<sup>1</sup> gehuldig. Dit kom daarop neer dat onderskei moet word tussen die eksterne en interne werking van redelikheid en billikheid.

Ekstern beteken in hierdie konteks 'n beoordeling van buite van wat in 'n bepaalde geval gebeur het. Die maatstaf is die algemene regverdigingsgehalte daarvan. Die regsgevolge is alreeds volgens gegewe reëls vasgestel, maar kan onregverdig voorkom. Die beperkende werking van die goeie trou kom dus slegs ter sprake waar die keuse en toepassing van 'n bestaande reël onvermydelik was.<sup>2</sup>

Die interne werking van die redelikheid en billikheid is dat dit juis bepaal dat die regter 'n keuse het tussen regsreëls, en dat dié begrippepaar dan die regter as instrument dien om 'n keuse uit te oefen.<sup>3</sup> Die algemene gedragsnorm, wat uit die redelikheid en billikheid afgelei kan word, vind konkretisering in meer spesifieke gedragsreëls. As laasgenoemde spesifieke reëls die verhouding tussen die partye aantoon, dan is dit nie meer nodig om op die algemene norm terug te val nie. Konkrete vorm moet dan trouens as maatstaf dien.<sup>4</sup> Vir hierdie interne werking verkies Smits<sup>5</sup> die uitdrukking *goeie trou* eerder as *redelikheid* en *billikheid*.

Smits<sup>6</sup> stel die kern van sy betoog so:

*“Zo gezien is er een nauw verband tussen recht, vertrouwen en maatschappij. Daar het recht een regeling van de intermenselijke verhoudingen beoogt, en wezenlijk voor die verhoudingen (ook aan te*

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 81 ev.

<sup>2</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 91-92.

<sup>3</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 93 ev.

<sup>4</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 97-98.

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 100.

<sup>6</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 118.

*duiden als maatschappelijk verkeer) is dat zij berusten op vertrouwen ten aanzien van personene of hun gedragingen, is zonder het vertrouwen dat een andere persoon zich zal gedragen zoals dat van hem mag worden verwacht, een sameleven en samewerken van mensen ondenkbaar. Maar niet alleen ten aanzien van personen of hun gedrag wordt constant uitgegaan van wederzijds vertrouwen. Men gaat ook meer algemeen uit van feiten, situaties, regels, verworven rechten e.d. op grond waarvan men zijn leven en handelingen inricht. Wanneer het vertrouwen niet langer bestaat, is communicatie tussen mensen en daarmee een vreedzaam sameleven niet langer mogelijk.*

*Op deze wijze opgevat is het vertrouwensbeginsel eigenlijk hetzelfde als het beginsel van de redelijkheid; wat men mag verwachten, moet ook geschieden. Het verwijst zo naar fundamentele notie van rechtvaardigheid."*

Maar welke rol speel die redelijkheid en billikheid (die *goeie trou*) in die Suid-Afrikaanse kontraktereg; meer bepaald, is die kontraktskeppend, of aanvullend, of derogierend?

In die Romeinse reg, onder die vleuels van die *exceptio doli generalis*, was die *goeie trou* slegs 'n verweersgrond; dit kon slegs die kontrak in geheel of ten dele ophef. Ek kon geen aanknopingspunt vind dat dit ooit *per se* kontraktskeppend was nie. Daar is ook geen gesag dat dit daardie rol in ons reg speel nie.

Soos ek hierbo aangetoon het, speel die redelijkheid en billikheid 'n kontraksaanvullende rol by bepaalde gevalle van *aanvulling* dit wil sê waar die hof in term in 'n kontrak inlees op die basis van die fiktiewe bedoeling van die partye, en behoort dit erken te word as die basis van *derogering*. Die *goeie trou* is nie soos *consensus* of skynverwekking oorspronklike, selfstandige bronne van kontraktuele gebondenheid nie, maar eenmaal as 'n kontrak weens *consensus*-bereiking of skynverwekking tot stand gekom het, speel die



goeie trou, redelikheid en billikheid 'n aanvullende en derogerende rol. Dit is geen moderne rol nie, maar een so oud soos die Romeinse reg.

Dit is daarom te betreur dat:

- (a) Ons howe by *uitleg* nog steeds na die fiktiewe bedoeling van die partye soek, eerder as om te erken dat dit gaan om uitleg volgens objektiewe norme, met ander woorde vertroue en die redelikheid en billikheid.
- (b) Ons howe by aanvulling nog steeds na die fiktiewe bedoeling van die partye soek, in plaas daarvan om leemtes in die kontrak aan te vul ooreenkomstig die vertrouensleer en wat redelik en billik is.
- (c) Ons howe traag is (of sterker: weier) om die derogerende werking van die goeie trou (redelikheid en billikheid) te erken en toe te pas.<sup>1</sup>

'n Ander belangrike punt is dat die goeie trou en redelikheid en billikheid, en *simple justice between man and man* maar 'n onderdeel is van die hoofkriterium van enige regstelsel, naamlik die openbare beleid en openbare belang. Ek wy onmiddellik aandag aan dié stelling.

### **Die jukstaposisie van openbare beleid en goeie trou**

Gesien die debat wat tans in ons reg aan die gang is oor die rol en plek van die goeie trou in die kontraktereg,<sup>2</sup> vind ek dit nodig om my siening daaroor te verduidelik.

Die openbare beleid, so is reeds betoog, is 'n wye en oop norm, gebaseer op voor-positiewe waardes maar pertinent in ons reg as 'n

---

<sup>1</sup> In hierdie verband vereenselwig ek my met die kritiese opmerkings van DD Tladi *Breathing constitutional values into the Law of Contract and the Constitution* (2002) 35 De Jure 306 veral op 315-317 na aanleiding van *De Beer v Keyser* 2002 (1) SA 822 (SCA).

<sup>2</sup> Soos hierbo bespreek.

reël, wat die afdwing van 'n kontrak wat strydig is met die openbare beleid, openbare belang en *boni mores* verbied.<sup>1</sup>

Maar, soos dit in beide pasvermelde uitsprake beklemtoon word, die begrippe openbare beleid, openbare belang en *boni mores* uit die aard van die saak ietwat vaag, maar geen *numerus clausus* nie. Dit moet aan die howe oorgelaat word om van geval te oordeel.<sup>2</sup> Dit maak minstens plek vir oorwegings soos “... *the doing of simple justice between man and man*” en die onbehoorlikheid van die transaksie.<sup>3</sup>

Die reël, soos hierbo gestel en voorheen verduidelik, is dus ‘black letter law’, maar terselfdertyd ‘n ope en veranderlike norm, soos verduidelik is in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*.<sup>4</sup> Ek verwys ook samestemmend met die raak samevatting van SJ du Plessis.<sup>5</sup>

Maar kan die selfde nie maar van die goeie trou gesê word nie? Dit plaas ons in die middelpunt van die dilemma: of die goeie trou is maar ‘n onderdeel van die breë openbare beleidnormkompleks (en hoort

---

<sup>1</sup> Sien onder andere *Magna Alloys and Research (SA) Pty Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) veral op 891 G ev. van die verslag; *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) op 7 I-J van die verslag.

<sup>2</sup> Sien veral *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes supra* op 8 A – 9 G van die verslag.

<sup>3</sup> *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes supra* op 8 A – 9 G van die verslag.

<sup>4</sup> *Supra* op 891 G – 896 E.

<sup>5</sup> Die Openbare Beleid en Openbare Belang op 76 wat ek gerieflikheidshalwe weer aanhaal: “Daar is al na die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg verwys as ‘n algemene norm’, of ‘n ope norm’ of ‘n breë waardegebaseerde kriterium’. In aansluiting hierby word aan die hand gedoen dat die openbare beleid en openbare belang beskryf kan word as ‘n algemene waardegeoriënteerde kriterium’, aangesien dit ‘n kriterium is met ‘n algemene strekking wat sowel gebaseer as gerig is op waardes. Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as ‘n kriterium of norm ken daaraan ‘n normatiewe karakter toe en bring dit in verband met die regsdeed, met die behorende van die reg. Onder andere hierdeur word voorsiening gemaak vir die aanwesigheid van ‘n onmisbare mate van moraliteit in die reg. Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as algemene kriterium of norm dui daarop dat die strekking daarvan algemeen en soepel is. Dit beteken terselfdertyd dat die risiko vir ‘n mate van vaagheid en regsonsekerheid noodwendig aan die orde is”.



tuis, regsistematies gesien onder die geoorloofheidsvereiste) óf dit is 'n *sui generis* aanvegtingsgrond?

Dit wil my voorkom of die eerste van genoemde twee keuses die korrekte een is. So 'n siening sou dan in die sisteem van ons reg sy regmatige plek kan inneem as 'n onderdeel van die openbare beleidnormkompleks, en wel as deel van die geoorloofdheidsvereiste. Dit is ook hoe Jansen AR dit ingesien het in sy uitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas*.<sup>1</sup> Die groot leemte, met respek, in die uitspraak van Joubert AR in gemelde saak is dat hy nie hierdie onderlinge verband raakgesien het nie.<sup>2</sup>

In dieselfde trant ook Ntsebeza R in *Miller and Another NNO v Dannecker*<sup>3</sup> en Van Zyl R in *Janse van Rensburg v Grieve Trust CC*.<sup>4</sup>

In *Brisley v Drotzky*<sup>5</sup> is gesê, deur die meerderheid, op grond van sekere stellings van prof. Hutchison, dat "... die goeie trou nie 'n onafhanklike, oftewel 'n 'free-floating' basis vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge bied nie. Goeie trou is 'n grondbeginsel wat in die algemeen onderliggend is aan die kontraktereg en "wat uiting vind in die besondere reëls en beginsels daarvan".<sup>6</sup> Die vraag is of hierdie siening van die rol van die goeie trou (a) die verband daartussen en die openbare beleid en die geoorloofdheidsvereiste oor die hoof sien en (b) darem nie 'n alte

---

<sup>1</sup> *Supra* op 166 – C-D van die verslag en reeds hierbo op 457 aangehaal.

<sup>2</sup> Sien bespreking hierbo op 458. Sien hierteenoor die minderheidsbeslissing van skrywer deses in *Eerste Nasionale Bank v Saayman NO*, asook die standpunt hierin verkondig.

<sup>3</sup> 2001 (1) SA 928 (C) veral op 938 D-J van die verslag; sien bespreking hierbo op 463-464.

<sup>4</sup> 2000 (1) SA 315 (C) veral op 325 van die verslag; sien bespreking hierbo op 464-465.

<sup>5</sup> 2002 (4) SA 1 (A); sien bespreking hierbo op 465 ev.

<sup>6</sup> Op bl. 15 D-G van die verslag. My kursivering.

statiese begrip van die reg weerspieël nie, wat sterk herinner aan die siening van Joubert AR in *Bank of Lisbon and South Africa (Ltd) v De Ornelas*.<sup>1</sup> Die vraag wat nou ontstaan, uit die uitspraak in *Brisley v Drotsky* is of die goeie trou-normkompleks nek omgedraai is? Wat beteken dit as mens lippediens aan dié normkompleks doen maar terselfdertyd sê dat dit nie 'n "free floating principle" is nie? En as gesê word dat mens die resultate van die goeie trou normkompleks in uitgekristalliseerde reëls moet gaan soek, is ons terug by die negtiende en uitgediende kontrakmodel.

In *Afrox Healthcare Bpk v Strydom*<sup>2</sup> is uitdruklik gesê dat die norme van die goeie trou op sigself nie regsreëls is nie. "Wanneer dit by die afdwing van kontraksbepalings kom, het die Hof geen diskresie en handel hy nie op die basis van abstrakte idees nie, maar juis op die basis van uitgekristalliseerde en neergelegde reëls." Hierdie stelling bring geen diepere insigte in die sistematiek van die privaatreëls nie, faal ook om die verband tussen die openbare beleid en die goeie trou te belig.

Van ons akademiese skrywers is dit veral Van der Walt,<sup>3</sup> Reichman-Israelsohn<sup>4</sup> en Jan Neels<sup>5</sup> wat die siening hierin bepleit deel.

Ek vereenselwig my dus met die gevolgtrekking van SJ du Plessis in sy proefskrif *Die Begrippe Openbare Beleid as Kriterium vir Kontraktuele Geregtigheid*.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> *Supra*; hierbo bespreek op 458-459.

<sup>2</sup> 2002 (6) SA 21 (A) op 40 I – 41 B.

<sup>3</sup> 1993 THRHR 71; hierbo op 471 bespreek.

<sup>4</sup> 1985 SALJ 516; hierbo bespreek op 42.

<sup>5</sup> 1999 TSAR op 70 ev.

<sup>6</sup> Doktorale Proefskrif Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys 1999 op 144.



*“Die begrip goeie trou vorm ‘n onderdeel van die openbare beleid en openbare belang. Daar kan gestreef word na regverdigheid, billikheid en behoorlikheid ten opsigte van kontrakte en kontraksbedinge deur middel van die begrip goeie trou, en wel op die grondslag van die openbare beleid en openbare belang. Die begrip goeie trou vind toepassing omdat die openbare beleid en openbare belang dit vereis.”<sup>1</sup>*

As die openbare belang dan so algemeen erken word soos hierbo aangedui, op welke basis word die goeie trou, as deel daarvan verwerp?

Die gronde waarop die *bona fide*-beginsel deur ons howe, veral die Appèlhof (tans die Hoogste Hof van Appèl) verwerp is, hou dus, met die hoogste respek, nie water nie.

- (3) Ek doen aan die hand dat die geldige vraag in die goeie trou-debat die volgende is: hoe moet die juridiese waardes van regsekerheid en die goeie trou in die kontraktereg versoen word? Hoe en wanneer kan die onderliggende waarde van die goeie trou en dus van kontraktuele regverdigheid gepositiveer word in die regspraak sonder om kontraktuele sekerheid in die slag te laat bly en sodoende die hele instelling van die kontrak van sy krag en doelmatigheid in die gemeenskap te ontnem?

Die spanning tussen regverdigheid en regsekerheid is so oud soos die reg self en kom voor op alle gebiede van die reg. Dit kan nie dogmaties gesê word dat die een belangriker as die ander is nie, want regsekerheid bevorder in sigself ook die waarde van regverdigheid.

---

<sup>1</sup> Sien ook die magister-proefskrif van Jacques Etienne du Plessis, *Onbillike Kontraksbedinge uit Ekonomiese Perspektief*, Stellenbosch 1990 op 101 ev.

Die antwoord lê myns insiens daarin dat ons moet teruggaan na 'n paar basiese waarhede. Eerstens, dat *die reg* nie net uit reëls bestaan nie, maar uit onderliggende beginsels en leerstukke wat diepere juridiese waardes weerspieël; dat die openbare belang so 'n voor-positiewe en gepositiveerde waarde is; dat die goeie trou deel is van die openbare belang en dat die openbare belang en dus ook 'n voor-positiewe en gepositiviteerde waarde is onder die sambreel van die openbare beleid/openbare belang normkompleks en die goeie trou vir eeue lank, maar ook in ons tyd, ook strewe om kontraktuele geregtigheid te bevorder. Die manier om dit te verwesenlik sonder om die waarde van regsekerheid te ondermyn, is om van geval tot geval op onbevange wyse te beoordeel of die openbare belang en goeie trou 'n derogering van 'n bepaalde kontraktsbeding vereis. As hierdie judisiële plig versigtig uitgevoer word, sal daar weldra 'n patroon en stelsel van presedente ontstaan wat as riglyn sal dien, en regsekerheid sal verseker, oor wat presies die inhoud en omvang van die goeie trou is. Dit is immers die werkswyse wat aan die grootste gros van ons regsreëls geboorte gegee het. Waarom nie ook in hierdie geval nie?

- (4) **Ten slotte dus:** Die debat oor die goeie trou in die kontraktereg word tans op die verkeerde vlak gevoer en sal nie regswetenskaplik van die grond af kom nie. Die vlak waarop dit gevoer moet word, is om te erken en aanvaar dat die goeie trou 'n uiters nuttige en waardevolle waarde is, wat deel is van die beginsels en reëls van die kontraktereg. Dit is 'n normkompleks wat van geval tot geval gepositiveer moet word ten einde die openbare belang en geregtigheid te verwesenlik. Jan Neels, wat wye navorsing oor die *kriteria* vir die aanwending van die goeie trou in verskeie regstelsels gedoen het, doen die volgende praktiese toets aan die hand:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 1999 TSAR op 7000.



*“Die howe, so is reeds herhaaldelik betoog, behoort die bevoegdheid tot korreksie beginselmatig en terughoudend uit te oefen. Die beginsels van regsekerheid en outonomie vereis dat die wilsooreenstemming wat die partye tot die kontrak bereik het of die redelike vertroue wat geskep is, as uitgangspunt moet dien (voorlopige regsoordeel). Slegs in gevalle waar die onredelikheid of onbillikheid van die voorlopige regsoordeel duidelik, klaarblyklik, kennelik of onmiskenbaar is (marginale toetsing), moet dit in die finale regsoordeel gekorrigeer word op die grondslag van nuutverfynde reëls en beginsels.”<sup>1</sup>*

Die vlak van die debat moet dus bloot gaan oor die praktiese vraag of in 'n bepaalde geval die onredelikheid of onbillikheid van die gevolge van 'n toepassing van die beginsels met betrekking tot die privaatoutonomie van beide partye, die wilsleer en die stelreël *pacta sunt servanda* so duidelik, klaarblyklik, kennelik of onmiskenbaar is dat die openbare belang ingryping verg.

~~~ o0o ~~~

¹ Sien ook Hesselning *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 408 ev.; hierbo op 476 bespreek: “Welbeschoud Is de algemene redelijkheids- en billijkheids-bepaling dus niets meer dan een spreekbuis voor nieuwe reges.”